

4

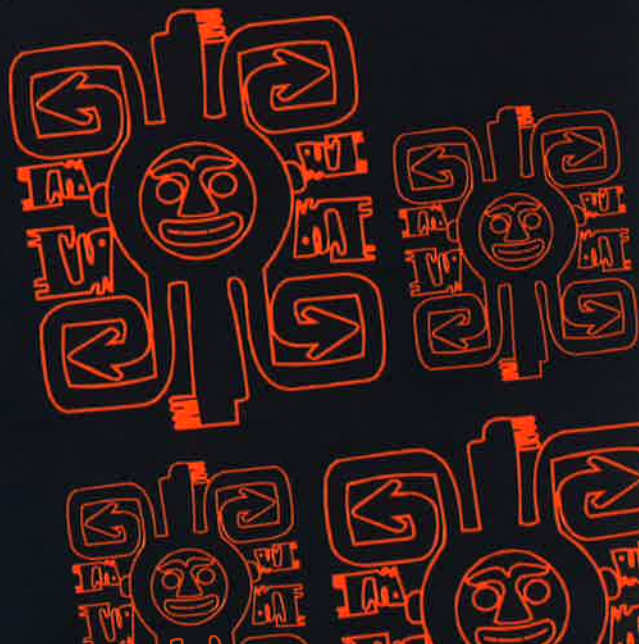
Cuadernos de
análisis y crítica a
la jurisprudencia
constitucional

Palestra del
Tribunal
Constitucional

Revista mensual de Jurisprudencia

¿GUERRA de las CORTES?
A propósito del PROCESO
COMPETENCIAL entre el
PODER EJECUTIVO y el
PODER JUDICIAL

Domingo García Belaunde
(Coordinador)




PALESTRA



**¿GUERRA DE LAS CORTES?
A PROPÓSITO DEL PROCESO COMPETENCIAL
ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL**

4

Cuadernos de
análisis y crítica a
la jurisprudencia
constitucional



¿GUERRA *de las* CORTES? A propósito del PROCESO COMPETENCIAL *entre el* PODER EJECUTIVO y el PODER JUDICIAL

Escriben:

Juan Monroy Gálvez
Jorge Santistevan de Noriega
Ernesto Blume Fortini
Aníbal Quiroga León
José F. Palomino Manchego
Harold Castillo Veintimilla
Luis Castillo Córdova
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Jaime David Abanto Torres
Luis Elguera Valega

Domingo García Belaunde
(Coordinador)

Palestra Editores
Lima - 2008

¿GUERRA DE LAS CORTES?
A PROPÓSITO DEL PROCESO COMPETENCIAL ENTRE
EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL

Domingo García Belaunde (Coordinador)

Primera edición, diciembre 2007

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de
esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.*

© Copyright 2007 : PALESTRA EDITORES S.A.C
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 7197-626 Telefax: (511) 7197-627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

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

Diagramación : Adriana J. Mallqui Luzquiños

Diseño de cubierta : Elizabeth A. Cribillero Cancho

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTENA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2007-13411

ISBN: 978-9972-224-68-3

Proyecto Editorial N.º 31501220700476

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

Índice general

Presentación de Domingo García Belaunde 07

ESTUDIOS

Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional 13
JUAN MONROY GÁLVEZ

Supremacía de la Constitución y de las interpretaciones
del Tribunal Constitucional: límites y perspectivas
a propósito de la sentencia recaída en el proceso
competencial incoado por el Poder Ejecutivo
(Mincetur) contra el Poder Judicial 75
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

¿Cosa juzgada constitucional? 99
ERNESTO BLUME FORTINI

Análisis del conflicto de competencias del Poder
Ejecutivo (Mincetur) con el Poder Judicial en el
Tribunal Constitucional: ¿una relación de jerarquía? 109
ANÍBAL QUIROGA LEÓN

El proceso competencial: ¿un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos? (Una crónica a propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC emitida por el Tribunal Constitucional)	133
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO HAROLD CASTILLO VEINTIMILLA	

¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	155
LUIS CASTILLO CÓRDOVA	

Las tensiones entre la judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional: reflexiones a propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC	191
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA	

La abolición de la cosa juzgada. A propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC	203
ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA JAIME DAVID ABANTO TORRES	

La normativa instrumental en el proceso competencial aplicado para revisar resoluciones judiciales inválidas.	231
LUIS BELGUERA VALEGA	

JURISPRUDENCIA

Sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC, conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo (Mincetur) y el Poder Judicial	245
Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de abril de 2007	275

PRESENTACIÓN

Hace unos meses los Directores de *Palestra del Tribunal Constitucional* me pidieron ser el coordinador de este colectivo destinado a analizar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso competencial instaurado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, que pretendía solucionar diversos puntos relacionados con la actividad de los denominados casinos y máquinas tragamonedas. Y enderezado contra el Poder Judicial.

El mar de fondo se remonta a algunos años atrás, cuando el gobierno de Fujimori (1992-1993) legalizó e hizo públicos los juegos de azar, antes prohibidos por ley expresa, si bien existían algunos debidamente regulados o monopolizados por el Estado (como es el caso de las loterías, de viejo arraigo entre nosotros).

Como era de esperarse, la irrupción del juego en el Perú en forma intempestiva, sin haberlo meditado ni analizado, trajo inmensos problemas en especial por las exigencias que se plantearon. Agravado por el hecho de que fueron las municipalidades las que en un primer momento asumieron la responsabilidad de legalizarlos y controlarlos. El desgobierno fue tal, que luego fue pasado todo al Sector Turismo, que es en rigor a donde pertenecía, pero sin la infraestructura ni el personal adecuados.

En efecto, en todas partes en donde existe, el juego es algo controlado y sobre todo matizado y no de alcance general. Y sometido a rigurosos parámetros, toda vez que en el mundo del juego se filtran muchas veces malas prácticas y lavado de dinero. Y se distingue claramente dos realidades: por un lado los casinos, y por otro las máquinas tragamonedas.

Esto llevó al dictado de diversa legislación sancionada sobre todo desde 1999 (con la Ley N.º 27153) pero que tuvo una aplicación complicada y dio lugar con el tiempo a una avalancha de procesos judiciales, entre ellos diversos «amparos» que parecían preparados especialmente para uso del peticionario, quien además y con posterioridad los negociaba en el mercado. Esto fue algo muy notorio, si bien no en cantidad, pero que llegó a sensibilizar a la opinión pública.

Además no se quiso separar dos sectores que merecían un trato diferenciado, acorde con su propia naturaleza: las máquinas tragamonedas muy extendidas y con un alto índice de informalidad. Y por otro, los casinos, en mucho menor número y más fáciles de controlar.

Pero ante esta realidad, en parte propiciada o tolerada por el propio Estado, no se hizo nada por detenerlo o encauzarlo, cuando lo más sensato hubiera sido estudiar la situación y sobre todo buscar salidas consensuadas o persuasivas con facilidades para permitir la legalización del sector, en aquellos extremos no formalizados. Y algo de esto se ha avanzado en los últimos meses, en donde el panorama ha mejorado sensiblemente.

Pero antes de que esto sucediera, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, agobiado al parecer por el mundo de la informalidad que no sabía como abordar, interpuso, no se sabe aconsejado por quien, un proceso competencial a fin de que el Tribunal Constitucional decidiese si es que el Poder Judicial estaba invadiendo o paralizando sus atribuciones o competencias, al dictaminar, en ciertos casos, resoluciones judiciales –la mayoría de ellas en procesos de amparo– que favorecerían a las partes en detrimento de lo resuelto por la autoridad administrativa. Y recurriendo muchas veces al denominado «control difuso».

Y así empezó este proceso, con los resultados que ya se conocen. El Poder Judicial publicó un extenso comunicado en el cual cuestionaba los errores e intromisiones en los cuales había incurrido la sentencia del Tribunal Constitucional, dándose a la luz en forma abierta, lo que existía un poco latente en años pasados. Es decir, una desinteligencia o rivalidad algo sorda entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Esto, por cierto, no es nada nuevo. Ha existido por lo menos desde la década del sesenta en Italia, de donde nos viene el nombre de «guerra de las Cortes», ya que allá el máximo órgano judicial es la Corte de Casación y el órgano de control concentrado se llama Corte Constitucional¹. Y por cierto también en España –en donde se llegó al enfrentamiento casi personal²– y más recientemente en Colombia, en donde esto se conoce como «choque de trenes»³.

Es evidente que este conflicto se da en muchas áreas tanto temáticas como geográficas. Por ser un órgano nuevo dentro de la estructura del Estado, el Tribunal Constitucional en todas partes ha tenido roces tanto con el Ejecutivo, como con el Legislativo y otros entes más. Es decir, el conflicto existe o puede existir, y el

1 El término lo acuña Jemolo en 1965; cf. Nicola ASSINI. *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la «guerra delle due corti»*. Giuffré editore, Milano, 1973.

2 Cf. Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE. «La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional». En: *Revista de Derecho Procesal*. N.º 1, 2005.

3 Cf. AA. VV. *Corte Constitucional: 10 años. Balance y perspectiva*, Carlos M. Molina Betancourt, editor académico, C. E. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003.

punto es ver si eso se puede evitar, se puede prever o en su defecto se puede superar. Y para esto es necesaria una alta visión de la vida cívica e institucional. Y además tener conciencia de sus propios límites.

En el caso peruano, desde mi personal punto de vista, existen dos aspectos: el primero es si procedía o no en este punto un proceso competencial. Y mi respuesta es negativa. Y lo segundo, es si el Tribunal Constitucional tenía la libertad de trajarar conceptos y categorías procesales y constitucionales, llegando al exceso de crear nociones tales como «cosa juzgada constitucional» a la que dio un alcance arbitrario, sentando así las bases de una inseguridad permanente. En efecto, si el Poder Judicial por año mueve, más o menos, un millón de expedientes y el Tribunal Constitucional resuelve un promedio de 8,000 en el mismo periodo, es evidente que con la lógica antes sentada, solo éstos son constitucionales y el resto son eventual o virtualmente inconstitucionales⁴. Pues bien sabemos que con nuestro sistema no todos los casos son resueltos por el Tribunal Constitucional, sino solo una ínfima parte de ellos, pues el grueso se inicia y termina en el Poder Judicial. Y así en otros tópicos que sería largo enumerar aquí y cuyos errores saltan a la vista.

* * * * *

Se trata pues de un problema delicado, que puede tener enorme trascendencia y que amerita un análisis sereno, tomando la sentencia con el rigor de análisis que merece.

Para ello procedimos a cursar invitaciones a veinte profesores universitarios en las áreas de Derecho procesal y Derecho constitucional, que en nuestro criterio conocían el tema y tenían suficiente solvencia para escribir al respecto y tampoco impedimento para tratarlo. De todos los invitados, solo han aceptado participar aquí los que aparecen en el índice, es decir, un total de nueve colaboraciones cuyos autores son las siguientes personas: Juan Monroy Gálvez, Jorge Santistevan de Noriega, Ernesto Blume Fortini, Aníbal Quiroga León, José F. Palomino Manchego, Harold Castillo Veintimilla, Luis Castillo Córdova, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Roxana Jiménez Vargas Machuca, Jaime David Abanto Torres y Luis Elguera Valega.

Al mismo tiempo, y con el ánimo de buscar interlocutores en los mismos actores, busqué a los presidentes del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, a fin de que nos hiciesen llegar sus puntos de vista sobre la sentencia en cuestión, con la indicación de que podía ser una colaboración de ellos mismos o de un tercero que los representase. Lamentablemente, y pese a la insistencia en mi pedido, no he logrado que participe en este colectivo ninguna persona que represente a las dos instituciones en juego.

4 En el Brasil se ha planteado el tema en términos distintos y con mayor lucidez, cf. Ivo DANTAS. *Constituição e Processo*. Juruá editore, Curitiba, 2007.

No obstante esto, creo que la presencia de las colaboraciones que nos acompañan aquí son más que suficiente para señalar cuáles son los problemas que se han presentado, y permiten al lector interesado sacar sus propias conclusiones. A ello se añade que en calidad de apéndices se publican la sentencia del Tribunal Constitucional, el aviso publicado por la Corte Suprema de Justicia en torno a ella y el comunicado de las Cortes Superiores que respaldan a aquélla. Con lo cual al final los propios actores señalan los argumentos que tienen, contribuyendo de esta manera al interesante debate existente, y al cual hemos querido apoyar con esta publicación.

Lima, octubre de 2007

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

ESTUDIOS

¿GUERRA *de las* CORTES?
A propósito del PROCESO
COMPETENCIAL *entre el*
PODER EJECUTIVO *y el*
PODER JUDICIAL

Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional

JUAN MONROY GÁLVEZ

«De esta guisa, andando el tiempo, y ojalá sea mucho, cada vez se consultará menos el texto constitucional y más y más los repertorios de jurisprudencia del Tribunal encargado de su custodia. Pero ello se producirá a costa de menguar la valoración de la Constitución, por desplazamiento del propio orden constitucional al conjunto de decisiones que la interpretan y aplican. Esto es, la Constitución sufrirá un proceso de conversión en unas hojas de papel, como diría Ferdinand Lassalle, para pasar la Constitución real y efectiva a sus intérpretes.»

Ángel MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN

SUMARIO: I. Advertencia. II. La sentencia N.º 006-2006-PC/TC. III. Dos razones para declarar la improcedencia de la demanda. IV. La «cosa juzgada constitucional» y la «cosa juzgada judicial». VI. Los fundamentos N.º 45 y 46. VII. La sentencia del TC como fuente del Derecho y el «pobre» Kelsen. VIII. La Teoría del Proceso en la sentencia comentada. IX. Algunas conclusiones.

I. ADVERTENCIA

No existe país donde la incorporación de un tribunal constitucional destinado a efectuar un control concentrado que asegure la vigencia y primacía de la Constitución, así como la eficacia de los derechos que ella reconoce, no haya producido tensiones entre la nueva institución con el Parlamento, con el Poder Judicial o con ambas. Esta situación tiene una explicación histórica definida. Se trata de la inserción de una nueva manifestación de poder político en la estructura de un Estado que no ha renovado su

organización tradicional, lo que hace que la crispación resulte inevitable¹.

Sin embargo, dependiendo de la experiencia histórica concreta de cada país, puede ocurrir no sólo que la nueva institución inicie su actuación desarrollando exitosamente los cometidos que la Constitución le encarga y la sociedad necesita, sino que, sobreestimando las expresiones de reconocimiento social por sus funciones, pierda el norte deslizando su actuación más allá de sus límites, produciendo un desplazamiento hacia ámbitos que corresponden a otros protagonistas del ejercicio del poder.

Este exceso funcional, mínimo o grosero, consciente o no, es el factor que coloca a las tensiones naturales originadas por la irrupción del tribunal constitucional en un escenario de conflicto extremo que, en perspectiva, termina siendo pernicioso para el sistema democrático. Si las personas que ejercen poder carecen de la permeabilidad indispensable para respetar las potestades y atribuciones ajenas, se pueden producir conflictos que, desbordados, conduzcan a una situación en la que esos mismos poderes emergentes empiezan a poner en juego, inclusive, su supervivencia. Los recientes casos ecuatoriano y boliviano son una prueba irrefutable de ello².

El Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) ha sabido, en brevísimo tiempo, de graves sinsabores y merecidos reconocimientos. Cuando en la etapa más intensa de la corrupción (1996-2000) el poder político decidió controlarlo, sólo pudo lograrlo destituyendo a tres de sus miembros. Imposible olvidar cuando éstos, manifestaciones vivas de la dignidad y paradigmas de una ética social que hoy parece en extinción, se negaron a legitimar una nueva reelección presidencial. Por otro lado, el TC ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de gran trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; colocando la linterna donde había

1 Al respecto, Cezar SALDANHA SOUZA JUNIOR afirma: «um Governo, cumulando a chefia de Estado, a qual necessariamente envolve a possibilidade de apelo a algumas atribuições de última instância, não poderá evitar colisões com o Tribunal Constitucional, pois esse também atua na área de última instância. Num sistema de três poderes, em que o Ejecutivo cumula Estado, Governo e Administração, a simples agregação de um Tribunal Constitucional tenderá a agravar a situação de impasse entre os poderes, [...]» (*O Tribunal Constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes*. Memoria Jurídica, Sao Paulo, 2002, pp. 127 y 128).

2 En abril de 2007, el Congreso ecuatoriano aprobó la destitución de los nueve jueces que integran el Tribunal Constitucional, como respuesta a la decisión de éste de ordenar la reincorporación al Congreso de 50 de los 57 legisladores a los que el Tribunal Supremo Electoral había retirado su calidad de congresistas.

En Bolivia, el Presidente Evo Morales, aprovechando un receso del Parlamento, nombró cuatro jueces supremos interinos, disponiendo que el interinato sea indefinido. El Tribunal Constitucional ha decidido que el nombramiento realizado es legítimo, pero que no puede durar más de 90 días. El Presidente Morales, en mayo de 2007, ha considerado que es imprescindible reducir las atribuciones del Tribunal.

oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti*³, un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, han determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones y de sus métodos para obtenerlos resulten seriamente discutibles.

El dato que nos muestra la realidad es que el TC ha aumentado su importancia social y política a una velocidad de vértigo, tanto que muy bien podría ser este ritmo el que le esté impidiendo apreciar con prudencia y humildad su perspectiva histórica. Esta situación, por otro lado, tal vez explique por qué está queriendo ejercer más poder del que le corresponde. Siendo una crisis de crecimiento es, para establecer un paralelismo biológico, una crisis de adolescencia, situación que puede ser la razón por la que, en muchas de sus sentencias, como la que ahora se comenta, pareciera que los jueces del TC, o sus asesores, saben más de lo que comprenden.

No está en cuestión la necesidad que tiene el país de contar con un TC sólido, independiente, creativo y militante en la defensa de los valores sociales vigentes. Sin embargo, es necesario insistir en que tal objetivo no puede obtenerse a costa de la destrucción de otras instituciones, como se aprecia de la resolución que va a ser analizada.

Este trabajo, por otro lado, no tiene por objeto dilucidar si desde el punto de vista académico, jurídico o interpretativo, el Poder Judicial peruano (en adelante PJ) o los demás órganos que ejercitan alguna forma de poder en el Perú son más o menos importantes que el TC. El tema, planteado así, adolecería de una banalidad insoportable.

Lo que está en el centro de este trabajo es la necesidad de discutir el grado de vigencia real de los derechos fundamentales en sede nacional y también la identificación de los órganos y los instrumentos idóneos para perseguir los presupuestos que nos conduzcan a un Estado Constitucional de Derecho. Por ejemplo, conviene precisar si es el TC el órgano más propicio hacia donde las densas franjas de la población, que soportan la afectación a sus derechos fundamentales, deben recurrir cuando el agravio se produzca, o si más bien resulta indispensable que esta demanda sea cubierta por la justicia ordinaria, aquélla que se dispensa en los

3 *Mani puliti* (Manos limpias) fue un gigantesco movimiento surgido del sistema judicial en Italia —el Ministerio Público forma parte de él— que originó, al inicio de la década del noventa del siglo pasado, un ataque severo y profundo a la corrupción enraizada en el poder político y económico. Este movimiento, de gran apoyo popular, consiguió éxitos notables como lo demuestran cientos de funcionarios procesados y condenados (diputados, ministros, algún jefe de estado, militares de alto rango, etc.). Lamentablemente, una sobre exposición en los medios de comunicación de los jueces y fiscales que lideraban el movimiento, entre otros factores, trajo consigo un sensible debilitamiento de su prestigio y, con ello, el fracaso en el saneamiento moral de la sociedad italiana.

más lejanos y olvidados lugares del país. ¿Seguimos con el sistema actual en donde el TC revisa en definitiva los amparos, por ejemplo, que llegan a su mesa en cantidades impresionantes, lo que determina que transcurra en promedio más de un año desde que el caso llega al TC hasta que es devuelto, o reservamos la actuación del TC para los procesos de inconstitucionalidad y algún otro en donde su competencia devenga en indispensable? Éste es un delicado y trascendente tema de acceso a la justicia cuya respuesta no se agota estableciendo verticalmente una jerarquía entre el PJ y el TC.

Estamos hablando de cómo se concreta en este país el acceso a la justicia y para quiénes se encuentra garantizado este acceso sin aduanas económicas, geográficas o de otro tipo. Sobre todo, nos preocupa el acceso de aquellos a los que la situación económica y social llena de deberes, desventajas, fronteras y frustraciones, mientras la Constitución les concede, simultánea y románticamente, una variedad de derechos llamados fundamentales, es decir, los que, presuntamente, jamás deberían carecer de tutela efectiva en una sociedad jurídicamente organizada.

También es aspecto nuclear de este trabajo, acreditar que la trascendental importancia que tiene el TC en la evolución por cauces democráticos de la sociedad peruana, no está reñida con la actividad que, en la obtención de ese mismo objetivo, realiza el PJ. No es en absoluto imprescindible que la actuación de este último se subordine, directa o indirectamente, a la actividad que realiza el TC. Las funciones de ambos comparten los mismos presupuestos, independencia interna y externa. El recíproco respeto al desarrollo de sus funciones, propicia la estabilidad democrática del país; por cierto, en la misma medida en que un conflicto entre ambos puede crear las condiciones para que se presente un caos en nuestro ordenamiento jurídico y también en nuestro sistema político.

II. LA SENTENCIA N.º 006-2006-PC/TC

Se trata de un proceso competencial iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el PJ. Según la demandante, el PJ, a través de determinadas decisiones judiciales (sin precisar en la demanda a cuáles procesos se refiere y tampoco entre quiénes), ha afectado esferas de su competencia. Por esa razón pide:

- a) que se determine si el PJ puede declarar inaplicables normas que regulan las actividades de los casinos de juego y máquinas tragamonedas⁴, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el TC; y

4 Como la sentencia a ser comentada está referida al tema de los casinos de juego y máquinas tragamonedas, evitaré suspicacias en torno a los motivos por los cuales redacté este trabajo contando que fui, hace unos años, abogado del Ministerio de Industria, Turismo, Comercio e Integración (MITINCI) en varios procesos ligados a este enojoso asunto. Enfrentado en varios procesos con el hasta ahora suspendido Presidente de la Corte Superior de Lima, recuerdo un hecho curioso: en los muchos

- b) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales que afectan distintas normas legales y, de manera genérica, la nulidad de «todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originan conflictos de competencia entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR)».

A continuación se desarrollará un comentario puntual sobre algunos aspectos de la sentencia citada, aunque resulta pertinente advertir que quedarán muchos otros, no menos discutibles, fuera del presente análisis. Esto ha sido intencional, en tanto el objetivo ha sido privilegiar sólo aquellos temas que expresan una grosería inocultable.

III. DOS RAZONES PARA DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

Lamentablemente, al calificar la demanda el Tribunal no advirtió dos razones contundentes, cada una de las cuales hubiera sido suficiente para declarar la improcedencia de la demanda. Analicemos cada una por separado.

1. La norma que regula los efectos de la sentencia en un proceso competencial prescribe que la afectación a las competencias o atribuciones materia de la demanda se produce por medio de un «acto administrativo»⁵. A continuación, la misma norma describe las distintas formas con las que suele externalizarse el acto administrativo afectante («resoluciones, disposiciones o actos»). En síntesis, en sede nacional, el instrumento agresor de la competencia de un órgano, que da origen a un proceso competencial, es siempre un acto administrativo, y sus formatos pueden ser resoluciones, disposiciones o actos.

Lo descrito significa que la norma analizada está dejando fuera del ámbito de protección del proceso competencial al *acto jurisdiccional*. Y no se trata de una

informes orales que tuvimos, siempre estaban presentes, en bloque, los directivos del comando de abogados del partido político del que el suspendido Presidente fue personero. Recuerdo también que era época de elecciones.

5 *Código Procesal Constitucional*

«**Artículo 113.— Efectos de las sentencias.**— La 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*».

Cuando se hubiere 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». (El resaltado es del autor).

interpretación aislada o un descuido del legislador. Como fácilmente se puede colegir, la función jurisdiccional es la manifestación exclusiva y excluyente de un poder del Estado, del mismo modo que la función legislativa corresponde esencialmente al Congreso. Siendo así, sus decisiones no pueden ser discutidas en términos de un ámbito competencial distinto. Un acto jurisdiccional, como una sentencia, o un acto legislativo, como una ley, pueden ser declarados ineficaces por falta de validez procesal o esencial, es decir, porque no se respetó el escrupuloso procedimiento para su creación o porque su contenido es contrario a la Constitución. Sin embargo, ninguna de esas opciones cabe tramitarse en un proceso competencial. Que no se haya advertido una situación como la descrita genera una duda razonable en torno a las razones que tuvo al TC cuando admitió a trámite un proceso viciado *ab origine*.

Aún cuando pueda reconocerse, en homenaje al carácter discursivo del del Derecho, un mínimo margen de discutibilidad a la tesis de que es posible impugnar en sede de proceso competencial un acto jurisdiccional, el asombro aumenta cuando se advierte que la luenga sentencia comentada no le concede una sola línea a este tema. En otras palabras, el TC no sólo ha decidido que el proceso competencial sirve también para discutir un acto jurisdiccional a pesar que hay norma expresa que dice lo contrario sino que, además, lo ha hecho sin fundamentar cómo se amplía el restringido objeto de la pretensión que se tramita en un proceso competencial de grado único.

2. La demanda tiene un muy particular límite en su petitorio, así nótese que no se pretende la nulidad de cualquier acto jurisdiccional, lo que por sí es improcedente, como ya se desarrolló, sino, específicamente, de actos sobre los que reposa la máxima garantía de indiscutibilidad e inmutabilidad que puede otorgar un Estado de Derecho a una decisión judicial: la autoridad de la cosa juzgada.

La cosa juzgada suele ser estudiada en el Derecho Procesal aunque su influencia e importancia abarca otros ámbitos como la sociología de la justicia o la ciencia política. Desde cada disciplina se privilegia el ámbito de su influencia en vez del lugar en que se origina, en tanto este criterio importaría una visión reduccionista. Admitiendo que es una definición operativa, se puede decir que la cosa juzgada es un atributo que, al recaer sobre algunas resoluciones judiciales que en el curso de un proceso han adquirido firmeza (no pueden ya ser discutidas), les otorga un rasgo esencial: *su inmutabilidad*.

En el Perú reciben tal calidad las resoluciones judiciales, las del TC y las que expide el Jurado Nacional de Elecciones sobre su materia. Las dos últimas por extensión normativa porque, en rigurosa doctrina, la cosa juzgada sólo recae sobre las resoluciones judiciales. Es el privilegio que ostenta el Judicial por ser el único poder que está obligado a fundamentar lo que resuelve, aunque es un privilegio curioso en la medida en que se transforma en una responsabilidad: el Judicial es el poder que, *in extremis*, debe realizar, a pedido de parte, un control de los actos realizados por los otros poderes reconocidos como tales. Como éstos no necesitan

fundamentar sus decisiones, el Judicial termina siendo el Poder más expuesto a discusiones sobre su razonabilidad y eficiencia.

En otras palabras, se puede expedir una ley que contradice radicalmente otra que está vigente sin que el autor del estropicio (legislador) repare en ello, porque la consecuencia de tal error sólo será que la norma anterior queda derogada tácitamente. En cambio, si el Judicial expide una sentencia que enerva lo ya decidido en anterior sentencia que había adquirido firmeza, entonces recae sobre el juez de la nueva sentencia todos los tipos de responsabilidad que sea posible endosarle (disciplinaria, civil y penal, por lo menos).

Por otro lado, si las decisiones últimas del Judicial no contaran con el prestigio de su inmutabilidad, este poder se derrumbaría cual castillo de naipes, habría perdido su rasgo distintivo y, a su vez, su insignia de poder⁶. Por eso, *la autoridad de la cosa juzgada* es la esencia del acto de impartir justicia y sólo declina, excepcionalmente, cuando en un caso concreto se agravia a la justicia y a la realidad, atendiendo a que el procedimiento o, excepcionalmente, el contenido de la decisión firme son gruesamente espurios. Y aún así, la discusión sobre prescindir de ella en un caso concreto, aun cuando se trata de una situación singularísima, sigue siendo inacabada⁷.

Por todo lo expuesto, cuando el TC admite una demanda en la cual una de las pretensiones consiste en la anulación de sentencias sobre las cuales recae la autoridad de la cosa juzgada, lo mínimo que debería haber hecho es sustentar, en la resolución que admitió la demanda, las razones por las que asumía un riesgo y una responsabilidad de tal magnitud. Sin embargo, no lo hizo. Se reservó tal fundamento para la sentencia.

Ahora veamos cómo pulverizó la cosa juzgada.

6 «A ocorrência da coisa julgada material apresenta-se como o *centro* do direito processual civil, enquanto essa mesma coisa julgada material cria a *segurança jurídica intangível* (*unverrückbare Rechtssicherheit*) para a singularidade da pretensão de directo material que foi deduzida em juízo.

Em outras palavras: quando se forma, a coisa julgada material apresenta-se como o centro de todos os objetivos do direito processual civil, ao passo que a coisa julgada material, em si mesma, tem a força de criar imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo e resolvida pela sentença de mérito transitada em julgado. A coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo, vale dizer, ajuizada a ação e julgado o mérito, a coisa julgada material ocorrerá inexoravelmente.» (NERY JUNIOR, Nelson. «Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito». En: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. DPJ, São Paulo, 2005, p. 709).

7 El Supremo Tribunal Federal de Brasil decidió respetar la autoridad de la cosa juzgada en un proceso iniciado por una persona que hacía varios años había perdido otro en el que se le declaró padre. En el nuevo proceso el demandante había probado, con la excepcionalmente contundente prueba del ADN, que la imputación de paternidad era falsa.

IV. LA «COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL» Y LA «COSA JUZGADA JUDICIAL»

- Un elemental examen del membrete —cosa juzgada constitucional— nos lleva a considerar la existencia de su contrario, la cosa juzgada inconstitucional. Dado que algo es inconstitucional en la medida en que entra en colisión con los postulados acogidos en la Constitución, aparece el primer inconveniente: imaginar que el estado de inmutabilidad al cual ha llegado una sentencia sea inconstitucional. Simplemente no podemos hacerlo, todos los ejemplos que se nos presentan hacen referencia, más bien, a la existencia de una eventual afectación constitucional en el procedimiento seguido para obtener la decisión, en el contenido de la sentencia o, eventualmente, en sus efectos, pero jamás en la autoridad que ésta ha recibido.

Como todas las hipótesis de agravio a la Constitución están referidas a situaciones anteriores al momento en que la decisión alcanzó la autoridad de cosa juzgada resulta un imposible considerar que ésta puede ser inconstitucional, es decir, ya en el nombre —si su negación se torna inexistente, su afirmación soporta la misma dificultad, la de no ser— la institución creada se torna un fracaso⁸.

- La sentencia bajo análisis afirma que para que una decisión adquiriera la calidad de cosa juzgada, no basta la presencia de sus elementos formales y materiales⁹. Entonces ¿qué se necesita? La respuesta viene a continuación y es sencilla pero, además, estremecedora: la sentencia debe, además, respetar las *interpretaciones* que sobre la Constitución haya hecho el TC y también sus *precedentes vinculantes*.

8 «Soa também inexata a locução «coisa julgada inconstitucional». Como quer que se conceba, no plano teórico, a substância da coisa julgada material, é pacífico que ela se caracteriza essencialmente pela *imutabilidade* —pouco importando aqui as notórias divergências acerca daquilo que se torna imutável: o conteúdo da sentença, ou os respectivos efeitos, ou aquela e estes. Pois bem: se «inconstitucional» significa «incompatível com a Constituição» (e que mais poderia significar?), não parece que se descreva de modo adequado o fenómeno que se tem em vista atribuindo à *coisa julgada* a qualificação de «inconstitucional».

Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição è a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-à que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir.» (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Directo Processual (Nona Série)*. Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 236 y 237).

9 «En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o en un proceso constitucional, adquiriera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; ...» (fundamento N.º 68).

tes¹⁰. ¿Y saben por qué es así? Porque las interpretaciones y los precedentes vinculantes del TC «constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos constitucionales».

En consecuencia, de ahora en adelante todas las sentencias expedidas por los jueces adscritos al Poder Judicial, son *capitis diminutio*¹¹. Así, por ejemplo, si se expiden en un proceso ordinario, el cual por organización competencial no es revisado por el TC, *sólo producirá cosa juzgada judicial*, es decir, una inmutabilidad de segundo nivel. Y esto debido a que, para su desgracia, dicha sentencia no recibió ni recibirá un examen de validez y legitimidad que, como acabamos de aprender, sólo puede ser dado por el TC.

En este contexto no va a ser extraño que alguna vez un litigante perdedor decida, varios años después que fue derrotado, pedirle al TC, sea en un proceso competencial o, por que no, en un proceso de amparo, que anule la sentencia añeja debido a que ésta ha transgredido un precedente que el TC impuso. Claro, algún ingenuo podría cuestionar el ejemplo y decir que tal situación no se puede presentar en tanto el plazo prescriptorio para intentar el amparo ya venció. Sin embargo, tal alegato no sería más que una leguleyada, si se le compara con el inmenso y profundo agravio a la quintaesencia del Derecho peruano que ha significado apartarse de un precedente dictado por el TC. Por otro lado, si se alegara que la sentencia tiene ya algunos años de firmeza en su haber, tal cuestionamiento será también otra tinterillada dado que, en modo alguno, el tiempo transcurrido prohíbe o limita la posibilidad de resarcir el agravio profundo que ha sido proferido al Derecho peruano cuando la sentencia de marras no reconoció la vigencia de un precedente vinculante del TC. No faltaba más.

10 «Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, *no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada*» (fundamento 69. El resaltado es del autor).

11 «Con esto el Tribunal Constitucional puede desconfiar de todo y de todos, menos de sí mismo, puesto que nadie puede desconfiar de él (sus sentencias son irrecurribles). El juez ordinario siempre tendrá que estar pendiente de sus decisiones interpretativas. Se acabó la disputa entre la *voluntas legis* y la *voluntas legislatoris* porque, a partir de ahora, sólo prima la *voluntas* del Juez constitucional. Y sus sentencias no es que tengan fuerza de ley, como a determinada clase de ellas les reconoce la Ley del Tribunal Constitucional alemán, sino que la ley tendrá la voluntad que este Tribunal le asigne». MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, Ángel. *La Justicia como problema. El Juez como administrador del Derecho*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 216.

Si bien el comentario está referido a España, resulta significativo advertir la notoria coincidencia entre la conducta del Tribunal Constitucional español y el nuestro, con la diferencia que una norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5.1.) titula al TC español a actuar de esa manera. Ello convierte en más insólito aún, si esto es posible, la actuación del TC peruano a partir del contenido de la sentencia comentada.

Abandonamos el tema de la cosa juzgada describiendo las consecuencias que respecto de ella ha producido la sentencia comentada: al considerar el TC que es el único órgano en el país que puede concederle a las resoluciones la autoridad de la cosa juzgada, no ha tenido ningún escrúpulo en anular sentencias que habían quedado firmes y que, habiendo resuelto el fondo, habían recibido la autoridad de la cosa juzgada desde hace varios años. Esa autoridad, esencial para la existencia del Poder Judicial, como lo hemos expresado, no las salvó de su destrucción porque para el TC mucho más importante que reconocer y promover la autoridad de la cosa juzgada es sancionar a quienes se aparten de alguna de sus interpretaciones o de alguno de sus precedentes vinculantes. Para no creerlo.

- *El insólito fundamento N.º 40*¹².- Sin perjuicio de que el tema del precedente judicial es desarrollado más adelante, resulta importante destacar lo expresado en el fundamento N.º 40 porque, lo que allí se afirma, va a ser determinante para explicar lo que el TC piensa de sí mismo y, por cierto, lo que piensa de los demás poderes, entre ellos el Judicial.

Se dice en este considerando que el carácter vinculante de las sentencias del TC genera consecuencias que van «más allá de los efectos de la cosa juzgada». ¿Habrà querido decir el honorable TC que un precedente deja sin efecto la cosa juzgada? Sí, eso ha dicho. Mal expresado porque la frase «efectos de la cosa juzgada» es conceptualmente discutible como se explica más adelante, pero la idea es esa. Se trata de una afirmación sin antecedentes en la doctrina y en el Derecho comparado. Sin embargo, adelanto conclusiones de este comentario, diciendo que son argumentos como éste —afirmaciones no sustentadas— los que le permiten al TC desembarazarse, sin mucha angustia, de la autoridad de la cosa juzgada.

Dice también el fundamento comentado que la prevalencia del carácter vinculante de sus sentencias, se debe a «que su observancia es no sólo para las partes del proceso» sino para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares. Concediéndole al TC, preñado de dudas, el beneficio de la buena fe, estimo que esta afirmación se origina en su desconocimiento de la doctrina sobre la cosa juzgada y sobre el precedente judicial. Me explico.

La autoridad de la cosa juzgada es una institución de política judicial que otorga a aquella decisión que la ostenta un reconocimiento que alcanza a *todos*, es decir, debe ser respetada en todo el ámbito del ordenamiento jurídico en el cual ha sido dada. La inmutabilidad que la autoridad descrita produce, entonces, es importante precisamente porque escapa al ámbito procesal, a la sola relación entre las partes. Un ejemplo: en un proceso de reivindicación entre 'A' y 'B' la Corte

12 «40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del TC genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no sólo para las partes, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones —*ratio decidendi*—. Ya en sentencia anterior el Tribunal ha señalado que:...»

Suprema declara que 'B' es el propietario. ¿Esa sentencia proyecta su autoridad de cosa juzgada sobre 'C', quien se considera propietario del bien que ha sido declarado de 'B'? Sí se proyecta porque la autoridad de la cosa juzgada es *erga omnes*. Sin embargo, como 'C' no ha participado del proceso, los efectos de la sentencia no le alcanzan, por eso sí podría demandar a 'B', quien al defenderse no podrá oponerle a 'C' los efectos del proceso anterior. Esta diferencia entre autoridad y eficacia es esencial para no derrapar en materia de cosa juzgada.

Lo descrito nos permite comprender el gravísimo error dogmático que contiene el fundamento estudiado. El cotejo entre cosa juzgada y precedente tomando como criterio para hacerlo su alcance o límite subjetivo, considerando que el primero sólo alcanza a las partes y el segundo abarca mucho más, es como comparar una rosa con una pelota a partir de sus funciones didácticas. Ni la cosa juzgada es *inter partes* como se afirma, ni el precedente tiene eficacia *erga omnes*, como también se dice con ligereza. El tema de a quién o a quiénes alcanza los efectos de una decisión judicial firme corresponde ser analizado a partir de una institución que se conoce como «los límites subjetivos de lo juzgado», tema que, a su vez, tiene que ver con la *eficacia de la sentencia*, en ningún caso con la cosa juzgada y mucho menos con el precedente judicial.

Sin perjuicio de su desarrollo posterior, quisiera compartir un dato respecto del cual la sentencia comentada prescinde totalmente: en los países donde el llamado precedente vinculante o la doctrina del *stare decisis* tiene una importancia significativa, es decir, vincula al juez inferior, en ningún caso tal conexión significa que lo aturde al punto de que a éste le está vedado discernir sobre la aplicación o no de un precedente. Es decir, en el *common law* es perfectamente válido que un juez se aparte del precedente que le ha sido invocado si, entre otras razones, considera que de emplearlo puede provocar un desastre¹³.

Dejó constancia que el fundamento N.º 40 es uno de los más importantes de la sentencia estudiada, es casi su *ratio decidendi*¹⁴, sin embargo, por su contenido no

13 En Inglaterra, la Corte de Apelaciones en el caso *Broome v. Cassell* (1971) no siguió el precedente establecido por la Casa de los Lores en *Rookes v. Barnard* (1964) afirmando lo siguiente: «Creemos que las dificultades presentadas por *Rookes v. Barnard* son tan grandes que los jueces tendrían que dirigirse al jurado según el derecho como fue entendido antes de *Rookes v. Barnard*. Cualquier intento de seguir obligatoriamente *Rookes v. Barnard* lleva obligatoriamente a confusión». Como se aprecia, el apartamiento de un precedente en países donde funciona la doctrina del *stare decisis* es posible si se fundamenta. Sólo en el Perú —si no hacemos algo pronto con la sentencia en comentario— un precedente va a ser tanto o más importante que una ley del Congreso (sobre cuyo incumplimiento una persona puede ser demandada o procesada, según el caso, salvo que la pretensión o acción penal haya prescrito), en tanto el tiempo no reduce su efecto predador, por lo menos según la curiosa teoría del TC.

14 «En función de las exigencias, la *ratio* puede ser identificada como la regla jurídica situada en la base de la sentencia, con la justificación expresa de la decisión, con el principio jurídico implícitamente presente en el proceso justificativo realizado por el

debería trascender sino más bien ser prontamente sepultado en el olvido, como *Rookes v. Barnard*.

- Todo lo expresado por el TC sobre la autoridad de la cosa juzgada puede ser sintetizado afirmándose que, en su concepto, hay dos expresiones de ella, una, circunstancial y pasible de ser enervada en cualquier momento (*sine die*), ésta es la *cosa juzgada judicial*, y otra, que podría ser calificada como la auténtica, en el sentido de que es la única que otorga inmutabilidad y prestigio social a la decisión, esa es la *cosa juzgada constitucional*¹⁵.

Ésta es la razón por la que en el fundamento N.º 70 el TC afirma que lo que la Constitución regula en su artículo 139, inciso 2 es la cosa juzgada constitucional¹⁶,

juez, o con el concepto normativo a propósito del cual, con mayor o menor fundamento, será sucesivamente citada la propia sentencia. De ésta se puede hacer, pues, un uso bastante articulado; cuál de esas perspectivas prevalecerá luego en concreto depende esencialmente del contexto» Moretti, Francesca. «El precedente judicial en el sistema inglés». En: GALGANO, Francesco. (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Fondo de Cultura del Notariado, Madrid, 2000, p. 39.

- 15 En ánimo de no complicar los conceptos, es bueno precisar, aunque sea brevemente, que la llamada cosa juzgada constitucional sería un nombre incorrecto porque una institución de política judicial como la cosa juzgada no puede referirse al contenido de las resoluciones que han recibido su prestigio en tanto ello está ligado más bien a su eficacia. Inclusive reconocer una cosa juzgada constitucional importaría tener que admitir una cosa juzgada laboral, familiar, contencioso administrativa y todas las demás.

Sin embargo, suele emplearse el concepto cosa juzgada constitucional para referirse a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad en donde el decisorio impide que lo decidido se vuelva a discutir. Dejamos constancia que inclusive ese uso restringido sería también errado en tanto hace referencia al contenido de la sentencia constitucional y no a la autoridad que subyace en ella.

«A diferencia de ello, la cosa juzgada constitucional se refiere a la incompetencia de la Corte Constitucional para conocer de nuevo de un cargo de inconstitucionalidad contra una norma, ya decidido favorable o desfavorablemente por ella». BERNAL PULIDO, Carlos. «El precedente constitucional». En: *Memorias del V Congreso de Derecho Constitucional y Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005, p. 142.

- 16 «70. Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2º, es la *cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de los valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. *Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales*» (el resaltado es del autor).

en tanto ésta sólo existirá cuando una sentencia, además de haber cumplido con todos los requisitos conocidos, es conforme a las interpretaciones realizadas por el TC y a sus precedentes vinculantes. Y no se crea que la afirmación que acaban de leer está referida a los procesos constitucionales que discurren preliminarmente por el sistema judicial, esa sería una interpretación restrictiva que disminuye el poder de poderes que el TC considera tener, es decir, un sinsentido.

El nuevo dogma de la cosa juzgada constitucional y su sucedánea, la cosa juzgada judicial, es aplicable a todos los procesos, la circunstancia de que los ordinarios no lleguen al TC juega en su contra, en tanto sólo reciben cosa juzgada judicial, un remedo de cosa juzgada que puede ser enervado por vía de amparo o cualquier otra técnica procedimental como, por ejemplo, ¡el *certiorari*!, próximo *aggiornamento* del TC, si el Congreso se descuida. Como se sabe, el TC viene proponiendo modificaciones constitucionales que ya circulan en las comisiones respectivas del Congreso, en ellas está solicitando que le permitan elegir los casos que conocería¹⁷. No está demás adelantar que con ello, irónicamente, la cosa juzgada sólo va a existir en el Perú en casos absolutamente excepcionales, aquellos en los que el honorable TC decida depositar su atención y esparcir justicia constitucional.

Con lo expresado en la sentencia comentada y la incorporación del *certiorari*, se consagraría una suerte de impartición de justicia democrática totalitaria, en tanto, sin salirnos de un Estado de Derecho formal, contaremos con un tribunal que puede revisar todo o nada del sistema judicial, a fin de colocarse en la cúspide de la toma de decisiones, sobre la base, no expresada pero implícita, de que todas las sentencias judiciales son precarias en tanto no han sido revisadas por él.

«Artículo 139.— *Principios de la administración de justicia.*— Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. (...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia (...)

3. (...).»

17 La propuesta de reforma constitucional, promovida por el TC, actualmente en la Comisión de Constitución del Congreso referida al *certiorari*, dice lo siguiente:

«Artículo 202.— El Tribunal es competente para:

(...)

4. Resolver en último grado los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, pudiendo escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver según los criterios que señale la ley.

(...).»

Por otro lado, atendiendo a que, según la sentencia comentada, la norma constitucional sólo se estaba refiriendo a la constitucional cuando se refería a la cosa juzgada, ¿podría concluirse que todas las sentencias judiciales expedidas con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1993 son pasibles, teóricamente por lo menos, de revisión ante el TC? Si así fuera, ¿tiene conciencia el TC de la puerta que ha abierto?

- Revisemos ahora los dos fundamentos por los cuales, según el TC, la cosa juzgada judicial es una institución inconsistente y precaria en tanto no ha recibido su consagración (uso el concepto en su acepción religiosa no formal) por parte del TC. Consagración que sólo ocurre cuando la sentencia judicial supera los dos test de validez y legitimidad que la sentencia comentada impone: la interpretación correcta (es decir, que no contradiga una interpretación del TC) y su falta de colisión con algún precedente vinculante, del TC claro está.

1. El test de la «interpretación correcta»

Ha quedado definido por el TC que no cabe interpretación de lo que él interpreta. Esto significa que, con el correr del tiempo, lo único que podría ocurrir es un hecho excepcional: que el TC recibiera un caso en el que un juez insolente se hubiera apartado «irresponsable y temerariamente» de su interpretación. Y aquí viene el milagro: que una vez revisado el expediente en lugar de la anulación inmediata y categórica, el TC, luego de una profunda autocrítica, decida variar su interpretación. Esta posibilidad, muy peligrosa para el *establishment* impuesto por el TC, importaría que éste empezara reconociendo que se ha equivocado y eso, para quien ha asumido con exclusividad y por autoimposición la tarea de decidir lo que es Derecho en el Perú, sería muy grave.

A nivel dogmático, por otro lado, difícil que haya una obra valiosa en el último cuarto de siglo que, al tratar el tema de la interpretación jurídica no describa —pero, cuidado, sólo en el capítulo referido al tratamiento histórico del tema— la tesis surgida durante el apogeo del Iluminismo racionalista —específicamente de un sector del positivismo clásico— según la cual, toda norma jurídica tiene «una y sólo una interpretación correcta» y que, por tanto, las técnicas de interpretación deben tener como objetivo permitirle al usuario (juez, abogado, profesor, estudiante) llegar a la meta deseada, la única, exclusiva y excluyente: la ansiada interpretación correcta¹⁸. Por cierto, se trata de una teoría en absoluto abandono, a pesar de

18 Comentando el contenido ideológico de dicha posición, Marina GASCÓN ABELLÁN y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA dicen: «Esta concepción de la interpretación permite mantener la tesis de la *unidad de solución correcta*: el ordenamiento contempla una y sólo una respuesta correcta para cada conflicto jurídico que puede ser recabada (o descubierta) a través de la interpretación. Pero no sólo porque cada norma admite una única interpretación correcta (la coincidente con su significado propio), sino también

lo cual acaba de ser reivindicada por el TC, probablemente sin quererlo pero como consecuencia de su desbordante autoestima.

porque el ordenamiento se concibe como pleno y coherente, de manera que en caso de lagunas existen reglas de integración (la *analogía legis* y la *analogía iuris* o principios generales del Derecho) y en caso de antinomias criterios para su resolución (los criterios de la *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*) que permiten mantener la existencia de una única interpretación correcta.

En suma, en la ideología formalista los problemas de aplicación judicial del Derecho son sólo problemas interpretativos resolubles mediante técnicas jurídicas. Cobra aquí sentido la distinción entre casos fáciles y difíciles, que se cifra en la necesidad o no de interpretar. Estamos ante un *caso fácil* cuando la letra de la ley no plantea problemas, por lo que ni siquiera es necesaria la interpretación. Estamos ante un *caso difícil* cuando el texto legal plantea problemas (ambigüedad o vaguedad) o se presentan lagunas o antinomias. En estos supuestos es necesario interpretar, pero el juez dispone siempre de métodos de interpretación o de guías que garantizan la objetividad de la decisión.

Por lo demás, el modelo formalista del juez autómatas presenta a éste como un sujeto que actúa con total independencia y objetividad y al que, por lo tanto, no cabe exigir responsabilidad política. Es, pues, un modelo *ideológico* que legitima como neutral cualquier decisión interpretativa: si la actividad judicial responde a una técnica mecánica, si la interpretación es una operación cognoscitiva y en este sentido objetiva, es evidente que el juez (el buen juez, se entiende) es, como el científico, un sujeto que desempeña su labor sin proyectar en ella intereses ni pasiones. Frente a la legislación, que es el ámbito de la política, las valoraciones, la ideología y los intereses, la jurisdicción aparece como el ámbito de lo estrictamente reglado. (*La argumentación en el Derecho*. Palestra Editores, Lima, 2005, pp. 112 y 113).

Apoyándose en la autoridad de Aarnio, Milagros OTERO PARGA sustenta la ambigüedad de la llamada interpretación correcta de la siguiente manera: «Aulis Aarnio proporciona un análisis distinto de la cuestión de la única respuesta correcta. Según él, este concepto es ambiguo en sus dos versiones: la fuerte y la débil. La primera de ella defiende que para cada caso concreto existe una respuesta correcta que además puede ser encontrada. La respuesta está oculta y la habilidad del juez consiste en hacer explícito lo implícito. Desde la perspectiva de la versión débil existe una única respuesta correcta, pero ésta no puede detectarse siempre. Entre los problemas que plantea esta segunda posibilidad destacan dos: primero ¿cómo se puede llegar a esta respuesta?, segundo ¿es posible estar seguros de haber llegado?»

De una manera u otra, estas dos hipótesis sostienen la posibilidad de una única respuesta correcta. Sin embargo, el autor de las mismas, Aarnio, sostiene lo contrario. Afirma que no puede haber respuesta correcta única, y por lo tanto es preciso abandonar tanto la tesis fuerte como la débil. No niega que en un Estado de Derecho sea muy importante la certeza, pero entiende que ésta se garantiza a través de otros medios como son: la división de poderes, la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, la separación entre el derecho y la moral, y el adecuado razonamiento jurídico motivador de las sentencias. Acepta que «la arbitrariedad y la toma de decisiones al azar son ajenos a la concepción europea del derecho y de la justicia». Pero a su entender esto no significa, sin embargo, que cada caso particular tenga una respuesta correcta y sólo una. Por el contrario, la idea de razonamiento jurídico racional sólo

2. El test del precedente vinculante

El así llamado precedente vinculante se ha convertido en el instrumento por el cual el TC no sólo consolida sus ideas jurídicas como las guías maestras de lo que debe ser el Derecho nacional, sino también, en tanto fuese necesario, es el instrumento que permite declarar la ineficacia de todos aquellos escarceos jurídicos hechos por jueces inferiores —o sea, por cualquier juez, incluida la Corte Suprema— que pretendieran desobedecer las líneas de conducta trazadas —supongo a fuego emanado de fragua sagrada— por el TC.

Para sustentar esta temeraria afirmación, el fundamento N.º 36 de la sentencia contiene¹⁹, dicho esto con todo respeto, una nueva falacia. Como la Constitución le ha encargado al TC su control, el de la constitucionalidad de las leyes y, además, ser grado final de fallo o instancia única en los procesos constitucionales, éste considera que sus sentencias «no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares».

La frase citada no usa la palabra «desconocer» en el sentido de no estar enterado sino, como bien sabemos, en su acepción jurídica que es significativamente más grave: está diciendo que todos deben obedecerla, es decir, que todos están vinculados por su contenido, al punto tal que si alguna vez —no importando que tan lejana sea la fecha— alguien actúa o deja de actuar en contradicción con alguna de ellas, deberá sufrir sus consecuencias. La falacia está dada por el hecho de que la sentencia parte de la premisa de que el apartamiento (desconocimiento) de sus decisiones determinará una sanción de nulidad sobre la posición jurídica favorable de quien así se comporte, sin que exista el conector lógico —que, a la sazón, deberá también ser jurídico— que permita extraer tal conclusión de tal antecedente, es decir, estamos ante un razonamiento inválido. Me explico, ¿cuál es el fundamento jurídico por el cuál la decisión que se aparta de una del TC deviene nula? No está en la Constitución y, que sepamos, tampoco en ninguna otra norma del Derecho positivo peruano.

presupone que las decisiones están (tan) bien argumentadas como sea posible. Nuestra expectativa (de certeza) concierne a la mejor justificación posible, no a soluciones absolutamente correctas.» («La cuestión de la única respuesta judicial correcta». En: *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Edición a cargo de Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela. Imprenta de la Universidad, Santiago de Compostela, 2004, p. 307).

- 19 «36. Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares.»

Lo curioso del argumento es que en los fundamentos posteriores (N.º 37, 38 y 39) el TC ya no hace referencia a todos los procesos en los que interviene, sino sólo a los de inconstitucionalidad que, sin duda, permiten una posibilidad distinta de actuación por parte del Tribunal, como ocurre en la jurisdicción constitucional comparada²⁰. Este es un defecto que se va a convertir en una constante en la actuación del TC peruano, y consiste en utilizar, de manera genérica para todos los procesos constitucionales, criterios que en la doctrina y jurisprudencia comparadas se usan para los procesos de inconstitucionalidad. Digamos que es una interpretación extensiva por contrabando, en tanto no hay un enunciado normativo al cual se le haya ampliado su base de aplicación por medio de alguna técnica argumental.

- Compartiré algunas afirmaciones sobre el precedente con el propósito no sólo de proveer una idea general sobre lo que realmente es y permite este instituto, sino, sobre todo, para que luego cada quien haga un cotejo sobre lo que el TC cree que son sus precedentes vinculantes.

Primero, resulta imprescindible precisar dos categorías que, presentadas comúnmente como si significaran lo mismo, genera una confusión que es necesario evitar. El precedente, en primer término, es una institución que cuando está presente en un ordenamiento jurídico tiene la calidad de fuente de Derecho (esto ocurre en casi todos los conocidos), que podrá ser primaria o secundaria, según como se asiente en la familia jurídica —para usar la categoría de David²¹— que lo asuma. El *stare decisis*, en cambio, es la regla de Derecho por la cual un precedente tiene fuerza vinculante en una familia jurídica determinada²².

20 «Al igual que el Tribunal Constitucional alemán, nuestro TC, en los procesos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, ha ido «inventando» resoluciones que despliegan efectos no previstos ni constitucional ni legalmente.» (RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La «Autonomía Procesal» del Tribunal Constitucional*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 68).

La clasificación de las sentencias en manipulativas, aditivas o interpretativas es, como se sabe, un desarrollo del Tribunal Constitucional y de la doctrina italianas para los procesos de inconstitucionalidad. Sin embargo, en el Perú este criterio clasificatorio resulta incorporado a cualquier proceso constitucional con todos los peligros que tal acto conlleva.

21 DAVID, René. *Os grandes sistemas do directo contemporaneo*. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

22 «Fra le differenze che più colpiscono chi si accinga a studiare comparativamente le fonti del diritto nei paesi di common law ed in quelli di civil law, un posto di spicco spetta senz'altro al ruolo del precedente giudiziario. Accogliendo per ora una comune proposizione descrittiva, può affermarsi che negli ordinamenti di common law alla giurisprudenza spetta un ruolo di fonte primaria, mentre in quelli di civil law essa è relegato al più nell'ambito delle fonti secondarie.

Al diverso status della decisione giurisprudenziale sembra logico seguano diverse conseguenze sul piano del regime giuridico: la più nota fra queste è raccolta nella

En segundo lugar, comúnmente, suele hacerse referencia al precedente en el ámbito judicial, lo cual tiene mucho sentido, pues es donde se ha desarrollado y afirmado en el Derecho comparado²³. Sin embargo, el tema materia de este trabajo

massima, sconosciuta alla tradizione continentale, *stare decisis et non quieta movere*, stare decisis è sinonimo di valore vincolante del precedente giudiziario. I sistema di common law condividono fra loro questa caratteristica istituzionale sconosciuta, salve eccezioni quasi trascurabili, nella tradizione romanista.

Il principio *stare decisis* è sovente additato come una delle più profonde caratteristiche del common law. I comparatisti, per esempio, utilizzano questa appariscente diversità nell'individuare la famiglia giuridica di appartenenza dei cosiddetti diritti misti. La massima condensa in sé un modello di risposta istituzionale ad una domanda sociale che si è fatta sentire a diversi stadi della evoluzione di ogni sistema giuridico: la certezza del diritto. Sul continente, si è coltivata l'illusione di una codificazione onnicomprensiva destinata ad un'applicazione meccanica da parte del giudice, tale da consentire un'organizzazione sociale sub lege e non sub homine; pressapoco nello stesso torno di anni la dottrina del precedente vincolante (*stare decisis*) venne elaborata in Inghilterra (e negli Stati Uniti) in tutta la sua portata.

Mentre, tuttavia, sul continente fu sufficiente osservare criticamente il metodo di lavoro dell'école de l'exégèse, che continuamente integrava un codice lacunoso, per abbandonare quella particolare illusione, la leggenda dello *stare decisis* attira ancor oggi, e senza segni di ribasso, l'attenzione dello studioso anglo-americano. Per il comparatista, poi, esso è uno dei luoghi privilegiati d'osservazione.» (MATTEI, Ugo. *Voz: «Precedente giudiziario e stare decisis»*. En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*. Quarta Edizione. Utet, Torino, 1997, Tomo XIV, p. 148).

- 23 «Observando i tratti che caratterizzano il common law si è già accennato alla autonomia dei giudice delle corti regie, grupo elitario formato sulla pratica dei casi e cooptato nella carriera. Ed è proprio la struttura del meccanismo di cooptazione che favorì la precoce (rispetto a qualsiasi altra esperienza nel continente europeo) affermazione di autonomia del ceto dei giudice rispetto al potere politico ed al sovrano.

Non si può comprendere il significato dell'affermazione secondo la quale il sistema inglese si fonda sulla «Rule of Law» se non si muove dal riconoscimento della autonomia del diritto (law) rispetto al potere. Di tale insieme di regole i giudici sono i «custodi», nel senso che le loro sentenze «trovano» il principio giuridico preesistente al caso e «comune» ai populi di Inghilterra. Tale costruzione, si noti, consente al contempo di legittimare la decisione del giudice, che si fonda sul riconoscimento di una sorta di consuetudine praticata, e di mantenerlo in una posizione di immunità rispetto al potere politico. Se il giudice trova, e non crea, il diritto, le interferenze politiche con il suo operato saranno meno agevoli. È evidente che tale legittimazione del ruolo del giudice, che può valere in una società evoluta quale deviene quella inglese a partire dal XIV secolo; ma è in ogni modo rilevante che l'epoca formativa sia stata contrassegnata da tale *lectura*, che ha potuto fornire, come si è detto, forte legittimazione all'operato delle corti. [...], l'aumento della complessità porterà i giudici a ricercare una ulteriore fonte di legittimazione nel ricorso al precedente, e nell'affermazione del principio per il quale il giudice si atiene ai casi decisi [*stare decisis et non quieta movere*].

está referido al precedente constitucional que, sin duda, tiene una importancia y características muy particulares. Hay más de un siglo de diferencia entre la aparición del precedente judicial y de los tribunales constitucionales —al margen de las diferencias geográficas, históricas y jurídicas en la aparición de uno y otro—; lo anotamos porque en la actividad de estos últimos se inserta la considerable importancia que ha adquirido recientemente el precedente, al punto de ostentar hoy una indiscutible autonomía el concepto precedente constitucional. Sin embargo, lo que resulta un dato, en ningún caso desdeñable, es que en el *common law*, específicamente en el Derecho norteamericano, un sector de la doctrina suele considerar que el *stare decisis* —el efecto vinculante del precedente— tiene una importancia relativa²⁴.

Quanto detto spiega alcune caratteristiche della sentenza di common law, e in particolare:

- la cura nel riportare per intero il testo della sentenza, in el descrivere in modo dettagliato i fatti che hanno originato la questione;
- il fondamento della decisione su di un principio che si ritiene «ragionevole» formalizzare nella sentenza, e che dovà ispirare analoghe decisioni future;
- la distinzione fra il principio di diritto che il giudice (o il collegio) pronuncia nella sentenza, detto [*ratio decidendi*], e le altre frasi, narrazioni di fatti, considerazioni [*obiter dicta*], che pur interessando il caso ed essendo riportate nel testo della decisione, non ne formulano il principio di decisione;
- la possibilità che uno o più giudici del collegio dissentano in merito alla decisione asunta dalla maggioranza [*dissenting opinion*]. (AJANI, Gianmaria. *Sistema Giuridici Comparati. Lezioni e materiali*. Giappicheli Editore, Torino, 2005, pp. 97 y 98).

24 «Al menos entre los autores el nivel de indiferencia hacia (o inclusive de disgusto por) el *stare decisis* echa sus verdaderas raíces en otro sitio. En parte está en función de la filosofía constitucional que sostiene cada autor. Aquellos que, como el Profesor Tribe, declaran que las cláusulas constitucionales clave poseen «textura abierta» y «descubrible» reconocen la naturaleza contraproducente de toda insistencia sobre el *stare decisis*.

Esto es verdad, a fortiori, respecto de quienes ven a la Corte Suprema como un «médico» responsable por el cuidado permanente de un paciente «vivo», y uno tiene esperanza de que además esté «robusto» [la Constitución]; difícilmente puede esperarse que ellos reciban con los brazos abiertos los dedos huesudos de la mano muerta del pasado que se entrelazan en la garganta del paciente. Además, el *stare decisis* es simplemente una inoportuna molestia para los autores cuyo interés se centra alrededor de los límites externos y en los expansivos territorios del derecho constitucional. Como estos autores creen que sus construcciones constitucionales favoritas no será demolidas, están empeñados en racionalizar la materia restante de acuerdo con sus creencias individuales. Tal proceso necesariamente involucra algunos apartamientos de precedentes, y estos autores están dispuestos a abandonar el *stare decisis* ante la oportunidad de alojar sus propias elucubraciones dentro de la Corte.

De modo más fundamental, el rol mínimo que el *stare decisis* cumple en casos constitucionales refleja la correspondiente debilidad que la doctrina posee en la esfera del *common law*. El decano Levi postula que la doctrina norteamericana del *stare decisis* permite a un tribunal realinear casos anteriores conforme ese tribunal percibe los

El precedente vinculante u obligatorio, entonces, en los términos de un mandato inexorable que debe ser seguido «sin dudas ni murmuraciones» o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no lo reconocieron, no existe en ningún lugar del mundo. En el *common law* —sin perjuicio de que su intensidad varíe en cada país— se acogió la doctrina del *stare decisis* que, como se ha descrito, importa que el juez inferior *debe* decidir un caso sometido a su competencia atendiendo al fundamento expresado por el juez superior en un caso anterior similar o idéntico o, respecto del cual, se presente una cuestión jurídica análoga. Es, como se advierte, una especie de *fuerza de Derecho para un caso concreto*. Sin embargo, en ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente²⁵.

La doctrina del precedente y los límites de su vinculación son fundamentalmente temas que deben analizarse a partir de la teoría del Derecho. La tesis acogida por el TC, aunque sin citarla y mucho menos fundamentarla, como ya se expresó, parecería ser que la Jurisprudencia ha pasado a ser una fuente primaria en el Derecho peruano y, en consecuencia, tanto o más importante que la ley. Antes de continuar y en la hipótesis de que lo expresado fuera cierto, ¿el TC puede cambiar el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano?, ¿alguien puede tener duda de la gravedad que significaría aceptar una respuesta afirmativa?

En doctrina suele afirmarse que el fundamento del precedente es el principio de igualdad, entendido como el derecho que tienen los justiciables a recibir decisiones idénticas ante situaciones jurídicas similares²⁶. Siendo así, un tema pen-

hechos relevantes; la percepción de los hechos del tribunal que establece el precedente, o las doctrinas en función de las cuales se resuelve el caso, o las teorías operativas no obligan al tribunal que con posterioridad debería aplicar el precedente.» (MONAGHAN, Henry P. «Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio». En: *Maryland Law Review*. Vol. 39, 1979, n.º 1, p. 2. En: Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina N.º 0003/010404. Traducido por Alberto F. Garay).

- 25 «Um precedente judicial pode ser seguido em um caso posterior por possuir considerável poder de persuasão. A pesar de não possuir caráter cogente, dada a excelência do seu fundamento, é aprovado e seguido no caso posterior.

De outro lado, um precedente *deve*, em regra, ser seguido se, verificada a hierarquia das cortes envolvidas, estão presentes os lineamentos da doutrina do *stare decisis*.

Todavía, mesmo no segundo caso, a própria doutrina do *stare decisis*, desenvolvida com o passar dos anos pela tradição do *common law*, prevê técnicas ou circunstâncias que, cuidadosamente analisadas, implicam a não aplicação do precedente, muito embora, à primeira vista, pareça ser ele de seguimento obrigatório. (ALVES DIAS DE SOUZA, Marcelo. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Juruá Editora, Curitiba, 2006, p. 142).

- 26 Por cierto que la igualdad a la que se refiere la doctrina no es la igualdad sustancial sino aquella referida a la identidad entre los hechos y el derecho del precedente y los del caso en donde será aplicado. Si no fuera así, los famosos casos de *Dred Scott v. Sanford* (1857) o *Plessy v. Fergusson* [1896] (*separate but equal*) —claras expresiones racistas de la Suprema Corte de los Estados Unidos— no hubieran servido como precedentes.

diente de la sentencia comentada ha sido cotejar el principio citado con la independencia judicial, es decir, con la potestad del juez de resolver los casos atendiendo a lo dispuesto en la ley y las otras fuentes del Derecho (costumbre, jurisprudencia, etc.) que su criterio (razonabilidad, experiencia y concepción del mundo) le permita emplear para resolver el caso concreto²⁷.

Para no extendernos innecesariamente en el tema, lo que ahora importa es precisar que en los países donde el precedente vinculante es esencial (los del *common law*), en tanto el Derecho es creado judicialmente debido a que no se privilegian los ordenamientos escritos extensos y ampulosos (leyes, códigos, etc.) como los del *civil law*, la vinculación no es ni absoluta y tampoco, como ya se anticipó, provoca sanciones como consecuencia de su apartamiento²⁸. En estricto, lo que existe es el precedente relativamente vinculante, en tanto el juez puede apartarse de un precedente si lo considera incorrecto para el Derecho o para la razón, inclusive hay insti-

27 «En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley. De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar.

Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amañó resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera.

Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto del otro dentro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez está normativamente vinculado por los dos principios —igualdad e independencia judicial—, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.

La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho a seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente». LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Legis, Bogotá, 2006, pp. 203 y 204).

28 El Juez Brandeis dijo en *Burnet v. Colorado Oil*: «El *stare decisis* no es, como la regla res iudicata, un mandato universal, inexorable. Aun cuando tiende a la consistencia y uniformidad, no es inflexible. Si debe ser seguido o apartarse de él es una cuestión enteramente a discreción del tribunal que es llamado de nuevo a considerar la cuestión».

tuciones procesales que le permiten sustentar tal separación²⁹. En consecuencia, una afirmación como la expresada por el TC en el fundamento N.º 43 carece de antecedente en el *common law* y, por cierto, en la sana doctrina sobre la materia³⁰.

Y un tema final sobre el precedente judicial. En los países de la familia del *common law* es tan importante que se le reconoce como el instrumento idóneo para permitir que los jueces provean de uniformidad a la jurisprudencia y, sobre todo, para producir reglas de Derecho que, posteriormente, suelen ser traducidas al lenguaje normativo por el Congreso y, aunque eso no ocurriera, suelen ser reconocidas como normas jurídicas por los jueces, abogados y, en suma, por el tejido social. En otras palabras, en dichos sistemas el precedente se comporta como una fuente de Derecho primaria. Pero esto ocurre, fundamentalmente, porque siendo un Derecho creado en los estrados judiciales, sus jueces personifican la razón fundamental del prestigio de sus decisiones³¹.

Como se conoce, no es extraño citar a jueces entre los juristas norteamericanos más importantes (Oliver Wendell Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis, Stone, entre otros), situación que es absolutamente extraña en el *civil law*, verbigracia el

29 Nos referiremos a dos. El *distinguishing* es una técnica que permite al órgano jurisdiccional de grado inferior reducir la vinculación al precedente judicial invocado, e inclusive eliminar cualquier afectación de éste al caso por resolver, acreditando que hay hechos distintos en la configuración de la *ratio decidendi* respecto de los hechos del caso a ser resuelto.

La regla jurídica *Cesante ratione, cessat ipsa lex* suele ser empleada también por el órgano inferior para apartarse del precedente judicial, afirmando que las circunstancias extra jurídicas que rodean al caso (sociales, políticas o económicas) han variado sustancialmente, por lo que la identidad indispensable para la aplicación del precedente ha desaparecido.

30 «43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.»

31 «Nuestro derecho es de sistema legislado, parte de la legislación y la interpreta para aplicarla. Aún los más acérrimos defensores del nuevo derecho tienen como referente a la ley. La jurisprudencia en Colombia siempre ha sido y sigue siendo criterio auxiliar de interpretación. Los precedentes se imponen por su consistencia, contenido y racionalidad. Imponerlos por la fuerza priva al derecho de su vitalidad. De otra parte nadie puede asegurar que la tesis del precedente sea por sí misma mejor o más justa ni más jurídica. En la práctica judicial los precedentes son generalmente acatados sin necesidad de mandato constitucional, con lo que se logra el propósito de unificar la interpretación de la ley. Darle valor de fuente de derecho al precedente implica asimilarlo a la ley». MONTROYA, Ana María. «Delante de la ley. Variaciones sobre un tema de Kafka a propósito de la polémica entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia». En: *V Jornadas de Derecho...* Ob. cit., p. 49).

caso peruano. Que cada lector haga un cotejo de lo que esto significa en la hora actual en el Perú. Aunque, colaborando con la comparación, no deja de ser patético que ni siquiera estos grandes hombres fueron capaces de proponer que sus fundamentos fueran precedentes que vincularan con marca de hierro a los jueces inferiores, como César Landa y mis amigos Javier Alva y Magdiel Gonzáles, entre otros, pretenden de sus fallos.

V. EL ASÍ LLAMADO «CONFLICTO DE ATRIBUCIONES POR MENOS-CABO»

Ya describimos al inicio que la normativa vigente en sede nacional no admite que los actos jurisdiccionales, como la sentencia, puedan ser objeto de la pretensión en un proceso competencial. Sin embargo, aceptando la hipótesis negada de que la sentencia, el resultado de la función jurisdiccional, pueda convertirse en materia de un proceso competencial, sería imprescindible reducir su trascendencia y universalidad, y no alcanzo a comprender cómo podría lograrse ello. Sin hacerla perder su esencia, sin desvirtuarla. Me explico.

En un Estado de Derecho la función del Poder Judicial es actuar como un órgano de cierre de las decisiones que se tomen al interior de cualquier órgano o institución particular o de la organización estatal. Por esta razón, por ser el último sin ser el menos importante (*last but not least*), no existe manera de discutir fuera del ámbito judicial su eventual actuación ilegítima, luego de haber adquirido firmeza, en tanto es precisamente el acto jurisdiccional por medio del cual se expresa, en nombre del Estado, la *decisión definitiva y última* de un conflicto o estado de incertidumbre con relevancia jurídica, social o política, inclusive cuando éste es originado por otro Poder.

Si se aceptara la posibilidad de cuestionar sus decisiones firmes, todo el sistema de solución de conflictos se volvería vulnerable y entonces avanzaríamos raudamente al abismo como sociedad organizada. Un ejemplo: un juez es quien decide en definitiva si un reglamento expedido por el Ejecutivo puede o no ser aplicado. Si esta decisión ya no es definitiva porque puede abrirse la discusión en otro ámbito, el Judicial se habrá convertido en un órgano administrativo más, habrá renunciado a sus fines y los particulares habrán perdido la última posibilidad de frenar los abusos que sobre ellos pueden perpetrar quienes ejercen el poder.

Sabiendo el TC que está entrando en terreno vedado, hace uso de su «poder creativo» —que por cierto nadie le ha concedido, por lo menos en los términos en que cree tenerlo— y reconoce que el proceso competencial que va a resolver es distinto a cualquiera que alguna vez haya resuelto³². Luego de lo cual le pone

32 «17. En la jurisprudencia del TC se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias». «19. Esta reseña no agota el catálogo de las formas en que puede manifestarse un conflicto constitucional. (...)» .

nombre a lo que va a resolver. En efecto, desde la sentencia en adelante, aparece la materia de la pretensión: un «*conflicto constitucional por menoscabo*». Éste no consiste, por cierto, en la afectación de una competencia —claro, en el caso del Poder Judicial sería una afectación imposible a través de un *proceso judicial precisamente!*—, sino se convierte en conflicto la manera cómo el Judicial ha ejercido su competencia.

Por esa razón, es fundada la demanda porque, según el TC, el Poder Judicial por medio de su expresión natural, sus sentencias, ha lesionado atribuciones constitucionales ajenas. ¿Cuáles? Según la demanda, son las atribuciones del Poder Ejecutivo previstas en los incisos 1. y 9. del artículo 118 de la Constitución³³. ¿Eso ha ocurrido? Veamos.

¿Un juez en el Perú puede controlar la actuación del Ejecutivo? Por supuesto. Para decirlo en términos de una reconocida dogmática constitucional, un juez controla la vigencia, la validez formal y la validez esencial de las normas, es decir, controla que la estructura formal de una norma cumpla con los requisitos esenciales para que adquiera la calidad de acto normativo, también su correspondencia con la jerarquía normativa y, finalmente, la identidad sustancial del contenido normativo con los derechos y valores reconocidos por la Constitución³⁴.

Para el cumplimiento de esas tareas, la actuación del juez no puede soportar controles externos de legalidad o cualquier otra forma de intromisión —limitaciones a su independencia externa— porque, si así fuera, su calidad de contralor último del ejercicio del poder y de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano acabaría en la basura. Se trata de una función en la que es IRREMPLAZABLE y sobre la cual no cabe supervisión.

Dejemos claro lo siguiente: podemos discutir si en la hora actual el juez peruano está cumpliendo o no con esta función que consideramos esencial; podemos afirmar, y no sería exagerado, que se trata de una disfunción que está en el núcleo de las causas por las que seguimos formando parte de una democracia inconclusa e imperfecta. Sin embargo, en ningún caso la solución al actual estado de cosas podrá ser la destrucción del Poder Judicial, que es lo que puede empezar a ocurrir

33 «Art. 118.— Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. (...)
9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.
24. (...).

34 Para mayor referencia: GASCÓN ABELLÁN, Marina. «La teoría general del garantismo: rasgos principales». pp. 21-39. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta, Madrid, 2005. También FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trotta, Madrid, 2006, pp. 12 y 13.

con la sentencia de marras. Entre otras razones por una elemental: *existen muchos países democráticos que no tienen tribunal constitucional, pero no es posible dar cuenta de un país sin jueces.*

Cuando un juez declara inaplicable una ley a un caso concreto o cuando en un proceso contencioso administrativo anula un acto administrativo y ordena se le sustituya por otro que tenga los rasgos que considera adecuados o, finalmente, cuando en ese mismo contencioso administrativo, en ejercicio de actos de plena jurisdicción, declara y ordena la actuación del Derecho declarado ¿está provocando «un conflicto de atribuciones por menoscabo»?

La respuesta, para estar a tono con la novísima doctrina sobre la materia del TC, sería que sí. Aunque la explicación ya se convierte en tortuosa, tendría que afirmarse que el juez, al pronunciarse en dichos casos, ha realizado un «ejercicio ilegítimo de su función jurisdiccional». Y, si se aprecia con cuidado, se advertirá que esta última frase es la creación suprema del TC: la posibilidad de realizar un control de legitimidad de las decisiones judiciales en un proceso concluido, con prescindencia de cuándo éste acabó.

1. La cita de Zagrebelsky

En este extremo del argumento, la sentencia hace una cita³⁵ de un jurista y juez excepcional (miembro de la Corte Constitucional italiana), Gustavo Zagrebelsky. Por cierto, se trata de un argumento *ex magistra*: si lo dice el maestro, hay que presumir que es así.

Sin embargo, a continuación comparto otra cita, extraída de la misma obra, pero del capítulo pertinente, la cual permite demostrar que la idea del jurista citado no es, ni por asomo, admitir la tesis de que las funciones del PJ pueden ser sometidas por el TC a un control de legalidad por haber provocado un «conflicto de atribuciones por menoscabo». Tampoco lo es, por otro lado, que en base a tal control, se puede declarar la nulidad de sentencias que hace años adquirieron la autoridad de la cosa juzgada. Como en el póquer, se ha querido «bluffear» con el maestro italiano.

Para Zagrebelsky la razón de ser del proceso competencial es resolver un conflicto acerca de la distribución constitucional de competencias, pero *en concreto*,

35 «A questa configurazione soggettiva se ne è tuttavia aggiunta una oggettiva, più ampia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio (sostanziale o procedurale) di essa. In tal caso, ciò che è controverso é come un potere —della cui titolarità non si discute— viene esercitato, sempre che dall'illegitima modalità di esercizio possa essere derivata una lesione dell'ambito delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione (...). ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Il Mulino, Nuova edizione, Bologna, 1988, p. 339. (Se reproduce tal cual aparece en la sentencia).

sea entre los poderes del Estado o entre el Estado y las regiones, esto para Italia. Siguiendo en el tema el profesor italiano hace la siguiente precisión: en un proceso competencial no es un elemento central la legitimidad de los actos, razón por la cual no hay coincidencia entre un vicio de ilegitimidad constitucional y una lesión a la competencia ajena, por lo que pueden haber actos ilegítimos que no determinan un conflicto de competencia, aunque siempre una lesión competencial se deriva de un acto ilegítimo³⁶.

Si llevamos este análisis a la sentencia comentada, podemos advertir que, a diferencia de lo que afirma el TC³⁷, para Zagrebelsky ningún análisis sobre el tema competencial puede hacerse en *abstracto*. Pero tal vez la enseñanza más importante que éste comparte es que en ninguna de las hipótesis donde es procedente un proceso competencial es permisible que los conflictos constitucionales, como denomina a los conflictos de competencia, puedan permitir la discusión sobre una decisión judicial, es decir, que un acto jurisdiccional sea el objeto de la pretensión en un proceso de este tipo. No es que lo niegue, sino que en el contexto de su exposición sería, sin duda, una afirmación absurda.

Por otro lado, y éste es un tema de la mayor importancia, la cita a Zagrebelsky en la sentencia corresponde a la parte introductiva de su trabajo sobre los conflictos de atribución. Es recién en el Capítulo VIII, cuyo nombre precisamente es «*I conflitti di attribuzione tra stato e regioni*» («Los conflictos de atribución entre el Estado y las regiones»), donde el autor desarrolla los casos atípicos que se presentan en aquellas organizaciones estatales en los cuales, por razones históricas, existe una evolucionada desconcentración y descentralización del ejercicio del poder político³⁸. Exactamente lo mismo ocurre con la cita que se hace de dos textos

36 «Nel concetto di conflitto non viene in primo piano l'idea del controllo di costituzionalità su atti illegittimi. Questo potrà essere una conseguenza, ma il senso principale del conflitto è la controversia circa la distribuzione costituzionale delle competenze, *non naturalmente in astratto*, ma in relazione all'effettivo operare degli organi e dei soggetti costituzionali. Il giudizio sul conflitto non verte essenzialmente dunque sulla legittimità degli atti, ma sulla spettanza delle competenze costituzionali. Del resto, tra vizio di illegittimità costituzionale e lesione della competenza altrui non c'è coincidenza: ci possono essere casi di atti illegittimi che ciononostante non determinano un conflitto, anche se —al contrario— ogni lesione non può che derivare da un atto illegittimo.» ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bologna, 1989 (Ristampa), p. 334 (el resaltado es del autor).

37 «24. Habiéndose determinado, *en abstracto*, la posibilidad de que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial genere un conflicto constitucional (...)» (P. 12)».

38 Y ya lo que resulta anecdótico es que la sentencia cite a pie de página a Zagrebelsky en su idioma original (italiano), sin perjuicio de que en el contenido de la sentencia aparezca la traducción literal del autor pero sin comillas (fundamento N.º 25). Es cierto que puede ser sólo un olvido o un nuevo estilo literario pero, en cualquier caso, no es elegante dejar de reconocer al autor de una idea. En este caso, Zagrebelsky ha sido vilipendiado en el fondo y también en la forma, impunemente.

españoles en la misma sentencia. La relación del poder central con las comunidades autónomas en España, por ejemplo, no es comparable con nada de lo que ocurre en el Perú sobre la materia.

VI. LOS FUNDAMENTOS N.º 45 Y 46

En Derecho es fácil confundir «lo que es» con lo que «parece que es». Para evitar errores con esta clásica confusión, la dogmática suele decir que la institución «Y» tiene «los efectos de X», con lo cual está afirmando que «Y» es un ser distinto de «X» aunque produce sus consecuencias. En Metafísica el asunto sería clarísimo, se trata de no confundir la esencia de un ser con algún otro ente respecto del cual comparte alguna de sus manifestaciones.

- En el primero de los fundamentos materia de comentario³⁹ se afirma que cuando el Poder Judicial alega independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del TC, no sólo se está apartando de dichas ejecutorias sino, «se está desligando de la Constitución misma...». Es decir, el TC ha reconducido su calidad de intérprete privilegiado de la Constitución a niveles tan íntimos de identificación con ésta que resulta complicado establecer la diferencia entre el intérprete (TC) y la interpretada (Constitución). Cuando una persona se aparta de una sentencia del TC *¡se está apartando de la Constitución!* Sólo falta que el TC diga *¡la Constitución soy yo!*, aunque en realidad lo ha dicho pero con algún precario nivel de timidez muy próximo a desaparecer si se aprecia el fundamento siguiente.

Entre las consecuencias que se pueden extraer de afirmaciones como la comentada, podemos encontrar que el TC, después de haber identificado su producto (la sentencia) con la Constitución propiamente dicha, ya no podrá apartarse de sus decisiones. Es decir, no habría manera de justificar que lo que la Constitución (el TC) prescribió en el 2006, por ejemplo, haya dejado de ser un mandato constitucional en el 2007. Es el grave problema de ser poder de poderes, todo no puede ser dicho.

Como el TC tiene claro que todos los que ejercitan algún tipo de poder deben sujetar su actuación al límite impuesto por el ejercicio de otros poderes y, sin duda, por lo que dispone la Constitución, le recuerda al PJ que ninguna atribución constitucional puede interpretarse en términos absolutos. Afirmación que, como bien sabemos, es rigurosamente cierta, tanto que puede complementarse la idea afirmando que no hay poder en un Estado democrático que no esté encauzado en límites que lo hagan susceptible de algún tipo de control, incluido el TC.

39 «45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto de la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.»

- Como la identificación —palabra que significa, literalmente, compartir identidad— entre las sentencias del TC y la Constitución ha devenido en absoluta, lo único que faltaba era afirmarla y así lo hace el TC en el fundamento N.º 46⁴⁰. De allí en adelante no puede ya sorprender ninguna afirmación que contenga la sentencia, por más estrambótica e insólita que pueda parecer.

Desde que el TC afirma que sus sentencias y la Constitución son lo mismo, ya no es complicado entender —como se comenta más adelante— que las sentencias judiciales sólo adquirirán la autoridad de la cosa juzgada si no afectan alguna interpretación del TC o si no se apartan de algún precedente fijado por éste. Y, finalmente, también será sencillo admitir que la independencia externa del juez sólo podrá ser concebida en la medida en que éste respete, escrupulosamente, las sentencias del TC que son, no olvidarlo jamás, exactamente lo mismo que la Constitución. Ahora resulta que la independencia judicial externa consiste en el sometimiento absoluto a los precedentes del TC.

Por cierto, ahora resulta mucho más fácil, también, entender cómo se pueden anular sentencias judiciales. Un parámetro es un factor necesario para establecer si algo tiene tal calidad o corresponde a tal situación. Según el TC sus sentencias son los «parámetros jurídicos» de la legitimidad constitucional⁴¹. Siendo así, no ilustran, orientan o enseñan, sino obligan, al punto tal que cualquier acto de cualquier poder que afecte una interpretación o precedente del TC es tan inconstitucional como puede ser un agravio directo a una norma constitucional.

Esto explica por qué cualquier acto que se aparte de dichas sentencias está afectado, en principio, de nulidad. Así es como la sentencia analizada llega a la conclusión que las decisiones judiciales expedidas contraviniendo su interpretación o su precedente son, por principio, nulas.

40 «46.El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer control difuso que reconoce el artículo 138 de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, *pues tal como se ha señalado anteriormente...*». (El resaltado es para destacar lo antes advertido, la tendencia del TC a resolver los temas discutibles citándose a sí mismo).

41 «62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son *parámetros jurídicos* para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, inclusive, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad. *Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra.*» (El resaltado es del autor).

VII. LA SENTENCIA DEL TC COMO FUENTE DEL DERECHO Y EL «POBRE» KELSEN

Después de alardear —es difícil encontrar otra manera de calificar tal acto— que sus sentencias son la Constitución misma, presuntamente con el propósito de elevar sus decisiones a niveles míticos, el TC afirma que sus sentencias son fuente de Derecho⁴².

Las fuentes del Derecho —para referirnos al género— son los actos o hechos al interior de los cuales se produce la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. Sólo por extensión se les llama también fuentes a los órganos productores de normas y a los factores históricos, sociales, ideológicos o económicos que influyen en la generación de las normas. Tomando como referencia este criterio, a estas últimas se les denomina fuentes en sentido material y a las otras fuentes en sentido formal. Bobbio dice que las fuentes del Derecho pueden ser directas o indirectas, siendo un ejemplo de la primera la ley, en tanto nace deliberadamente con el propósito de producir normas jurídicas; será indirecta la costumbre, en tanto algunos de sus patrones de conducta devienen en normas por influencia de su aceptación continua y del contexto histórico social. Nino casi repite la clasificación de Bobbio, aunque las llama deliberadas y espontáneas, respectivamente. Son fuentes del Derecho regularmente reconocidas como tales, además de la ley y la costumbre, la Constitución, los reglamentos, los principios generales del Derecho, la Jurisprudencia y la Doctrina.

Admitir que las sentencias del TC son fuentes del Derecho, sin reparar que sólo son producto de una fuente, la jurisprudencia, significaría no sólo confundir la fuente con su producto sino, como bien sabemos, importaría no advertir que las fuentes, sobre todo las indirectas, no siempre ni necesariamente producen normas jurídicas, todo lo cual convierte a la afirmación en severamente discutible⁴³. Sin embargo, lo que resulta incomprensible es que además de tener que aceptar esta acrobacia jurídica, debemos aceptar, también, que las sentencias «vinculen a todos los poderes del Estado», es decir, que al margen de la contenciosidad que pueda

42 «61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado.»

43 Aunque suene reiterativo, conviene dejar sentado que el TC, en el fundamento N.º 60, cancela la discusión de que sus sentencias son fuente del Derecho. Sin embargo, para acabar con la discusión, el TC usa uno de sus instrumentos clásicos, la *autocita*. Así: «60. Este vicio de legitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente del Derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado: ...». Y luego viene la cita de una sentencia dada por él mismo. Aunque, a decir verdad, la cita califica a la Jurisprudencia como fuente del Derecho y no a las sentencias del TC, una vez más la cita es ajena a lo que se quiere confirmar una práctica que se ha convertido en un rasgo distintivo del TC que, por el bien del Derecho, es de esperar que no sea seguida.

tener como fuente de Derecho, se considere, sin decirlo claro está, que es fuente primaria, es decir, a la par con la ley.

A casi dos siglos de haberse reconocido en sede de Derecho continental la primacía de la ley como fuente del Derecho, conviene recordar las dificultades que ha tenido el legislador para regular algún tipo de jerarquía en el sistema de fuentes, así como precisar la fuerza vinculante de cada cual. La famosa pregunta de Geny⁴⁴, casi nunca respondida normativamente (la excepción es el Código Civil suizo), es una demostración de cómo el legislador prefirió eludir el tema ante la significativa gravedad que su tratamiento importaba. No son pocas las legislaciones que prefieren ni siquiera enlistar a la Jurisprudencia como fuente; otras más decididamente le otorgan la calidad de auxilio o complemento.

Y, si se tomara como ejemplo lo que ocurre en el *common law* para sustentar lo que se pretende lograr con la jurisprudencia del TC, se cometería un error histórico de consecuencias inimaginables. La tradición británica en la materia hay que ubicarla en la opción por reivindicar la vigencia de las opiniones de los jurisconsultos romanos, las cuales fueron el punto de partida del *ius publici respondendi* creado por Augusto, seguido por Adriano pero que, en plena decadencia imperial —ya en el imperio bizantino— va a dar lugar a las famosas recopilaciones, tales como las Constituciones de Constantino o el Código Teodosiano. Como sabemos, el corte de esta tradición con el occidente continental europeo va a estar dado por Justiniano quien dispuso su prohibición.

Sin embargo, este derecho de las consultas pasa a las islas británicas y tiene su propia evolución hasta convertirse en lo que ahora conocemos como *common law*. En un año tan lejano como 1610, un juez inglés —Edward Coke— decidió en una sentencia controlar la validez de las leyes dadas por el Parlamento. Actos como ese hicieron posible que dos siglos después y a algunos miles de kilómetros de distancia, en Estados Unidos, se pueda desarrollar y afianzar un control judicial de la constitucionalidad de las leyes al caso concreto. El *judicial review* no es pues un producto surgido por generación espontánea, es consecuencia de un complejo proceso histórico de probar, asumir o descartar que tomó siglos⁴⁵. Sólo así es

44 «¿Puede la ley prescribir la naturaleza, el rango, la fuerza, tanto de las fuentes formales del derecho positivo, como de los procedimientos científicos que han de completarlas de tal modo que asigne a la interpretación sobre estos puntos una dirección inexcusable?». GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuente de derecho privado*. Reus, Madrid, 1925, p. 213).

45 «El marco general favorable al control judicial de las leyes en los Estados Unidos residía en la existencia de un sistema constitucional liberal, basado en una Constitución rígida, lo que no existió en la mayoría de los Estados europeos durante buena parte del siglo XIX, pero contaba además con un sistema jurídico, el *Common law*, predispuesto a un examen de la adecuación de las leyes a las normas tradicionales y con una estructura federal, que favorecía la decisión judicial sobre las leyes por los frecuentes casos de contradicción entre las leyes estatales y las federales. Pero la

posible comprender la poderosa fuerza social y política que representa la Corte Suprema para la sociedad norteamericana. En la esencia de esta manera de entender las decisiones judiciales está, no lo olvidemos, el consenso social sobre su sistema judicial, es decir, el reconocimiento ciudadano a un órgano que se prestigia en tanto resuelve tomando como sustento las costumbres de su pueblo, una opción que en la Europa continental, como sabemos, fue descartada para privilegiar el mandato abstracto de la ley y su origen mítico, la voluntad popular.

La construcción de un órgano judicial, ordinario o constitucional, de las magnitudes de prestigio e importancia que algunos han alcanzado en los países del *common law*, requiere de algo más que una autodisposición para sentirse importante. La autoestima ayuda, qué duda cabe, sólo que, además, hay que tener la humildad para reconocer que no es suficiente, que las instituciones históricamente trascendentes se esculpen en el tiempo. Interrumpir los procesos de asentamiento de las instituciones puede provocar un desacomodo de tal magnitud que, en la práctica, lo que va a ocurrir es no sólo que la nueva propuesta no va a ser aceptada sino que lo poco que se puede haber avanzado queda destruido. Esto en países pobres como el nuestro se convierte en una doble fatalidad.

Hasta ahora, lo afirmo con todo respeto, me cuesta saber si el TC es consciente que con su propuesta altera de tal forma el sistema de fuentes que, si se admitiera su planteamiento, sus sentencias vincularían a los órganos públicos, entre ellos a los jueces, con más intensidad que las leyes⁴⁶. ¿Habrán advertido las consecuencias de su propuesta?

causa más determinante de la creación de la Justicia constitucional se encuentra en el sistema jurídico de las colonias americanas, inmediatamente anterior a la independencia. Las leyes inglesas (Cartas o Estatutos de la Corona) permitían que las Colonias se dotaran de sus propias normas siempre que no contradijeran a aquéllas, y los Jueces no aplicaban la ley americana cuando contenía alguna norma contraria a la ley inglesa. Tras la independencia, la sustitución de los Estatutos ingleses por Constitucionales propias de los nuevos Estados mantuvo la dialéctica de controlar la adecuación de las leyes a la Constitución en las manos de los Jueces, función que Hamilton incluso había propuesto incluir en la Constitución. Aunque la Constitución federal no la acogiera, algunos Estados la aplicaban y por ello su admisión por el Tribunal Supremo contaba con cierta tradición.» (AJA, Eliseo. «El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados europeos». En: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Eliseo Aja (editor). Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. XII y XIII).

- 46 Comentando una tendencia de la Corte Constitucional colombiana se afirma: «Por otra parte, empero, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional puede interpretarse como un objetable signo de activismo de la Corte Constitucional. En tal sentido, este fenómeno puede concebirse como un ejercicio de activismo del máximo calibre, como una estrategia de la propia Corte para otorgar, al producto del ejercicio de sus funciones, el mayor rango jurídico posible dentro del sistema de fuentes. Desde esta perspectiva, difícilmente puede imaginarse una auto atribución de poder mayor, que la que un órgano jurisdiccional se hace a sí mismo, cuando

Desarrollemos una hipótesis negada. Si las fuentes del Derecho vinculan (y no sus productos), entonces la doctrina, típica fuente del Derecho, vincula u obliga. Ahora, ¿cuál doctrina o qué parte de ella es la que vincula? ¿o vincula en su integridad? ¿Y cómo se explica el caso de la costumbre, fuente clásica del Derecho? Por serlo ¿vincula?, ¿a quién? Tal vez, sólo tal vez, el honorable TC ha confundido Ley como fuente del Derecho con la norma jurídica que es su producto. Es decir, la acepción «ley» como fuente del Derecho hay que referirla a aquello que Hart denomina «regla de reconocimiento»⁴⁷, es decir, a aquéllas que deben ser tenidas en

sostiene que sus actos son una fuente del derecho que se integran en la Constitución, es decir, en la fuente de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, y que como tales, *dichos actos deben ser obedecidos por todos los poderes públicos y privados y no pueden ser revisados sino por el propio órgano jurisdiccional*. Desde esta óptica, el Legislador habría pagado caro la falta de una regulación específica del precedente constitucional, que reconociese la necesidad de esta figura en el Derecho colombiano. *El precio habría sido el desplazamiento de la ley, por parte de la jurisprudencia constitucional, del lugar de la fuente prioritaria del derecho*». BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. cit., p. 147 (El resaltado es del autor).

47 «La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una «regla de reconocimiento» (*rule of recognition*). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad. No hay duda de que como cuestión histórica este paso del mundo prejurídico al jurídico puede ser cumplido en etapas distinguibles, la primera de las cuales es la mera reducción a escritura de las reglas hasta ese momento no escritas. Este no es en sí el paso crucial, aunque es muy importante. Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como *revestida de autoridad*, es decir, como la forma *propia* de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como criterios de identificación, pueden establecerse normas para su posible conflicto estructurándolas en un orden de superioridad, como ocurre, por ejemplo, con la usual subordinación de la costumbre o del precedente a la ley, que es considerada una «fuente superior» de derecho. Tal complejidad puede hacer que las reglas de reconocimiento en un sistema jurídico moderno parezcan muy diferentes de la simple aceptación de un texto revestido de autoridad. Sin embargo, aún en esta forma más

cuenta para producir normas jurídicas o para calificar su ingreso o salida de un determinado ordenamiento jurídico, para expresarlo con brevedad.

- El TC considera que sus sentencias son la Constitución. Ahora, como ésta es fuente del Derecho, sus sentencias también lo son. Hasta aquí nos remitimos a lo expresado a propósito de esta curiosa identificación. Sin embargo, ¿por qué ser fuente del Derecho determina que sus decisiones vinculen?

Todos sabemos el avance que significó para la conquista de un Estado constitucional de Derecho el reconocimiento de que la Constitución es mucho más que un conjunto de normas programáticas y de política social⁴⁸. Nadie discute hoy que la Constitución contiene un conjunto de normas jurídicas que vinculan intensamente a todos (personas, órganos o instituciones) al interior de un Estado. Nadie puede discutir, tampoco, que la Constitución, al afirmar las bases jurídico-políticas de un Estado, se convierte también en fuente del Derecho. Sin embargo, nada de lo dicho es antecedente para concluir que la Constitución, por ser fuente del Derecho, vincula. Se trata de dos planos del mismo concepto que no se contradicen sino que tienen su propio ámbito de actuación.

Lo que intento afirmar es que ninguna fuente del Derecho vincula por sí misma, los que vinculan son sus productos, las normas jurídicas. La costumbre es una pauta de conducta social y yo me comporto con arreglo a ella o no, sin afectación jurídica que deba soportar. Pero cuando ésta adquiere la calidad de norma

simple, tal regla trae consigo muchos elementos distintivos del derecho. Al proponer una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica.» (HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Editora Nacional, México D.F., 1980, pp. 117 y 118).

- 48 La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió. Aunque en ésta no faltaba la idea de un *fundamental law*, como ha estudiado GOUGH, especialmente en alguna decisión procedente del gran juez COKE (así el famoso *Bonham's case* de 1610) y en la doctrina de LOCKE, lo cierto es que el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria (probablemente basado en la inicial consideración del Parlamento como Tribunal, según la concluyente demostración de MC ILWAIN, y además formulado al hilo de la lucha básica del Parlamento contra el Rey), y con ese principio el correlativo de la inmunidad judicial de las Leyes, terminó prevaleciendo en el siglo XVIII, como BLACKSTONE expuso con toda autoridad muy poco tiempo antes de la Revolución americana, doctrina que ha durado en Inglaterra hasta hoy.» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 2001, pp. 50 y 51).

jurídica, sí me vincula, por lo que, si la desobedezco, me expongo a su consecuencia, la sanción por incumplimiento del mandato, como enseña CARNELUTTI⁴⁹.

- Sin embargo, como la afirmación de que las fuentes del Derecho vinculan a todos los poderes del Estado es muy precaria —en realidad inexistente, como lo hemos demostrado— la sentencia usa uno de sus argumentos favoritos, el *ex magistra*. Así, coloca una cita de un jurista relevante para que el sustento se vuelva sólido. En el presente caso se trata de Hans Kelsen, figura relevante para el tema en tanto es, como sabemos, gestor de los tribunales constitucionales.

La frase de Kelsen es clara y precisa⁵⁰, aunque NO DICE ABSOLUTAMENTE NADA RESPECTO A QUE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES SEAN FUENTE DEL DERECHO O QUE ÉSTAS VINCULEN A TODOS LOS PODERES. Kelsen sólo afirma que la Constitución es el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico y que, su presencia, convierte a éste en una unidad, lo cual permite afirmar —considero que mejor sería teorizar— que los enunciados jurídicos que lo conforman no se contradicen. Si Kelsen piensa como el TC cree que piensa, no lo sabemos, pero queda claro que la frase resaltada no es, una vez más, la prueba de que así sea. En todo caso, la frase se refiere a la función trascendente de la Constitución y no a sus «intérpretes supremos».

VIII. LA TEORÍA DEL PROCESO EN LA SENTENCIA COMENTADA

No hace mucho CALAMANDREI avizoró que, o la ciencia del proceso se reconducía hasta convertirse en el instrumento por excelencia para garantizar la supremacía

49 «Se acaba de destacar que la ley jurídica, *strictu sensu*, acaba por resolverse en un mandato. La palabra latina *iussum* indica más claramente el parentesco de lo mandado, la orden, con el Derecho; la teoría imperativa, cuyas bases estoy ahora reconstruyendo, encuentra en esa afinidad verbal una preciosa confirmación. A la palabra *mandato* equivale en uno de sus significados la palabra *orden*, que, teniendo en cuenta su valor etimológico (de *orior*), expresa eficazmente la fuerza causal del mandato.

Un mandato, una orden, no es otra cosa que la *amenaza de una sanción a quien tenga o no tenga una determinada conducta*. No es ésta una manifestación originaria, sino una manifestación secundaria; no es la semilla, sino el germen del Derecho: se puede pensar que el ordenamiento jurídico está constituido por órdenes, como un organismo es un agregado de células; pero tampoco la célula está considerada en biología como un elemento primordial. Como la célula del citoplasma, la orden se desarrolla —del modo que he intentado describir— en fenómenos originarios por la actuación de la sanción contra los violadores del orden ético; su manifestación señala, por tanto, un cierto grado de desarrollo del Derecho». (CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 57 y 58).

50 «La norma fundante básica (la Constitución) es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen». KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. UNAM, México D.F., 1982, p. 214).

cía de la Constitución y de los derechos allí expresados o acabaría en una torre de Babel de teorías encontradas, castillos conceptuales inútiles contruidos por juristas entrenados para perder el tiempo, aunque con aguzado rigor y seriedad científicas.

A mediados del siglo pasado, precisamente a raíz del cambio de timón propuesto por CALAMANDREI, la novel ciencia del proceso encontró su razón de ser, por ello hoy se mantiene lozana y vivaz como todo saber científico pasible de cautivar a sus seguidores. Como las experiencias procesales suelen insertarse en la sociedad como un fenómeno social más, su actuación forma parte de las vivencias de muchas personas y, por cierto, de muchos especialistas en diversas disciplinas distintas a la procesal.

El resultado es, en principio, positivo, sobre «los juicios» casi todos los ciudadanos tienen algo «qué decir» y, por consecuencia lógica, hay mucho «qué escuchar». Y desde el Derecho ocurre lo mismo. Siendo el instrumento por excelencia para lograr la eficacia de los derechos llamados materiales, la información científica sobre el proceso, por lo menos la elemental, suele estar difundida hasta convertirse en una necesidad contar con datos preliminares sobre las líneas vectoriales del quehacer procesal.

El rasgo instrumental del proceso no disminuye su importancia, simplemente refleja la esencia de su función. Un malentendido respecto de esta idea genera dos distorsiones. Por un lado, la opinión de que el proceso es un saber de segundo grado, «adjetivo» se le suele llamar, en tanto sólo es la herramienta para hacer eficaz los otros derechos, «los que realmente importan», aquellos que titulan a los sujetos respecto de bienes, servicios u otros derechos.

La segunda distorsión es, sin duda, la más perniciosa. Asumiendo que es un saber menor, la sistemática procesal — categorías, instituciones, y los desarrollos teóricos sobre ellos — es concebida como un conjunto de conocimientos precarios, intercambiables, especulaciones pasibles de ser enderezadas en el sentido que mejor corresponda al derecho material cuya eficacia esté procurando el especialista.

Un elenco de ambas distorsiones se encuentra desparramado a lo largo de la sentencia comentada. El proceso puede no ser tomado en serio desde múltiples ópticas jurídicas, sin embargo, cuando esa liviandad ocurre en la construcción de una sentencia, es decir, dentro de una resolución que resuelve un conflicto o elimina una incertidumbre, ambas jurídicas, estamos ante un gravísimo caso de culpa inexcusable.

Antes de desarrollar, en detalle, el libertinaje procesal incurrido en la sentencia, resulta pertinente develar, como cuestión previa, el contenido real de una institución que, según parece y sin que hayan siquiera pensado que tuviese tal efecto quienes la forjaron, es el fundamento supremo que ha permitido — y sigue permitiendo, si esto no se aclara pronto — al TC prescindir de las bases teóricas del proceso y, así, gestar una actividad procesal que no tiene más límite que su voluntad que es, como ya aprendimos, «la voluntad de la Constitución», ni más ni menos.

1. La «autonomía procesal» y el TC

1.1. La falacia de petición de principio de un tribunal que todo lo puede

Una falacia es la aplicación incorrecta de un principio lógico o la aplicación de un principio lógico inexistente. Por su lado, una petición de principio es una falacia que consiste en un error de razonamiento por el cual se toma como punto de partida del argumento precisamente aquello que se ha de demostrar. Todo esto viene a cuento a propósito de una actuación tendencial del Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC).

Si el lector realiza una microinvestigación de campo con una muestra —una selección aleatoria— de veinte sentencias del TC, en no menos de dieciocho encontrará un fundamento que, con variantes expresivas, es notable por su persistencia: «como ya lo ha dicho este colegiado». El tema, aunque lo parezca, no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de esta frase es selectivo, pues se presenta, precisamente, en aquellas situaciones donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria aparece indispensable⁵¹

Esta curiosa «técnica argumental» se ha convertido en superlativa desde que el TC, como lo vamos a demostrar a continuación, ha elevado sus fundamentos jurídicos a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración y que, por tanto, deben ser reconocidas como ciertas inexorablemente) cuya simple reminiscencia («como ya lo ha dicho este colegiado») hace inútil cualquier exigencia de fundamento adicional. En otras palabras: el oráculo ha hablado.

Como resulta evidente, detrás de esta falacia no existe únicamente una exacerbada consideración sobre aquello que el TC cree que es y cree que puede. También se encuentra la presencia de un instituto llamado «autonomía procesal», cuyo origen, estructura y funciones resulta indispensable develar a fin de evitar que continúen los desvaríos.

Apuntes breves sobre la «autonomía procesal»

En los libros recientes de Derecho comparado suele reconocerse que, desde mediados del siglo pasado, su objeto de estudio ha adquirido una importancia considerable, entre otras razones, porque los medios de comunicación y de transporte de personas y cosas han fragilizado las fronteras como límites a las relaciones internacionales. En cualquier caso, no es desdeñable compartir la enseñanza

51 En el caso de la sentencia comentada hay quince (15) autocitas («como ya lo ha dicho este colegiado»; «Tal como lo ha establecido este colegiado»; «Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado»; «tal como se ha señalado anteriormente»; etc.). Tratándose de una sentencia de treinta y una (31) páginas, las autocitas o autoreferencias resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la «técnica» suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

de Cappelletti en el sentido de que el gran cambio producido en la segunda mitad del siglo pasado en el Derecho comparado ha consistido en que, si alguna vez el Derecho sirvió para que los estados europeos afirmaran su identidad, el nuevo siglo los encuentra buscando fórmulas que los integren más allá de las nacionalidades⁵². Es el caso de la unión europea. Por cierto, esto que hoy es un ejemplo emblemático de integración continental por todos conocido, fue advertido desde inicios de 1970 por el maestro de Florencia.

En la práctica, las invasiones de literatura jurídica entre los Estados han determinado no sólo que la penetración de las ideas e instituciones de unos afecte a otros Estados, produciendo una alteración importante de su estructura jurídica interna, sino que, inclusive determina que se vean afectadas las decisiones tanto de sus tribunales ordinarios como constitucionales. Con este hecho hay que contar para realizar un análisis de lo que nos puede estar pasando. La penetrabilidad de las instituciones jurídicas de otros países se ha extendido de manera considerable, con todo lo bueno y malo que tal hecho pueda significar y producir.

Nos encontramos en una situación compleja que no sólo ha remecido los excesos del positivismo clásico, sino también ha reivindicado la importancia de los órganos jurisdiccionales respecto de la clásica limitación impuesta por las leyes nacionales. Esto ha ocurrido por medio de la interpretación y aplicación de normas foráneas, produciéndose una integración en los sistemas jurídicos nacionales que, sin duda, debe reconocerse provechosa. Y en esta materia, la jurisdicción constitucional no sólo no se ha mantenido al margen sino bien podría decirse que se encuentra en la zona más sensible de tal influencia⁵³.

52 «Por lo demás, los mismos desarrollos históricos más recientes, esto es, los desarrollos que han conducido a las codificaciones del siglo último y especialmente a las de este siglo, y aun cuando sean desarrollos propios de estados singulares, no carecen, sin embargo, de una dirección común y, me atrevería a decir, de una ideología común por la cual, más o menos evidentemente, aparecen inspirados todos ellos; de manera que suele afirmarse que se tiene no sólo una matriz común, sino además una comunidad tendencial en las directrices de desarrollo y de superación de aquella matriz común. Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así *centrífuga* de diferenciación de la matriz originaria —la matriz de la que en seguida hablaremos— están ahora manifestando nuevamente un cambio por decir así una fuerza *centrípeta* de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado «derecho procesal europeo».» (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. EJEA, Buenos Aires, 1973, p. 11).

53 «Le frontiere fra gli stati, che all'inizio del XX secolo rappresentavano delle barriere formidabili, tanto per i rapporti giuridici ed economici, quanto per quelli linguistici e culturali, hanno visto ridurre tale loro funzione, sia per l'incremento degli scambi commerciali e culturali, sia per la diretta penetrazione di forme di comunicazione proveniente d'oltre frontiera che gli stati sono risultati incapaci di impedire.

La profesora Rodríguez-Patrón distingue dos tipos de reglamentación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF), una interna (*innere Geschäftsordnung*) y otra externa (*ausserer Geschäftsordnung*). Como es evidente, una regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a realizar actividad jurisdiccional. Sin embargo, la investigadora española observó que la reglamentación externa suele ser identificada con la posibilidad de que el TCF realice actos que van más allá de lo puramente reglamentario «*entrando de lleno en el proceso en sentido estricto*»⁵⁴. Esta actividad, que realiza el TCF por medio de sus fallos y que importa la formulación de reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros, tiene la característica de ser «cuasilegislativa» y recibe el nombre de *Verfahrensautonomie*. Ésta es la categoría que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de «Autonomía procesal» (en adelante «AP»), y a continuación describiremos sus rasgos esenciales para saber qué es realmente y cómo puede ser entendida o, eventualmente, incorporada en sede nacional.

Se afirma que el origen de la «AP» reside en que la ley reguladora de las funciones del TCF (en adelante LTCF) es *intencionalmente* incompleta y que, por otro lado, dado el origen reciente y los fines excepcionales que cumplen los tribunales constitucionales —que se comportan tanto como órganos jurisdiccionales siendo órganos constitucionales, aunque también funcionan como órganos políticos atendiendo a lo que expresan en sus decisiones— resulta moneda común que

(...)

Il confronto fra gli assetti organizzativi derivanti dagli ordinamenti giuridici dei singoli stati è divenuto così un tema di riflessioni quotidiana per chiunque e profondi movimenti politici o economici si sono sviluppati in modo spontaneo, al di là fuori delle decisioni degli organi costituzionali degli stati, che in taluni casi ne sono stati anzi travolti.

(...)

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, hanno assunto così un'importanza crescente gli organi giurisdizionali —ed in particolare i giudici costituzionali e internazionali— ed anche altri soggetti indipendenti rispetto alle autorità statali che esprimono il núcleo centrale del potere politico.

(...)

Per effetto di questi fattori evolutivi, la funzione del diritto comparato ha cessato di essere una funzione di ordine esclusivamente culturale e si sono manifestate situazioni —ben più frequenti ed importanti di quelle regolate dal diritto internazionale privato— nelle quali norme vigenti in altri paesi, proprie di tradizioni culturali di altri paesi (o comuni ad altri paesi), sono venute ad esercitare, nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto positivo, un ruolo che all'inizio di questa vicenda sarebbe stato per esse impensabile.» (Pizzorusso, Alessandro. *Comparazione Giuridica e Sistema delle Fonti del Diritto*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 29 y 30).

54 RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La «Autonomía Procesal» del Tribunal Constitucional*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 17.

para cumplir sus fines se constate que los métodos de integración tradicionales no sean suficientes para que puedan cubrir los vacíos o lagunas. Conviene ratificar que las reglas procesales son expresadas por el TCF en sus resoluciones y se originan como consecuencia de un vacío o laguna que, entonces, es cubierto jurisdiccionalmente atendiendo a criterios de oportunidad. Estas reglas, expresadas en un caso concreto, se convierten en criterios normativos a ser seguidos cuando se presenten situaciones similares.

Explica también la autora citada que, según otra concepción, la «AP» o «configuración jurisdiccional autónoma del proceso», se presenta sea producto de una delegación especial de la ley o como consecuencia de la calidad especial del objeto del proceso. En el primer caso suele utilizarse como ejemplo el artículo 35 de la LCTF que permite al TCF hacer más eficaz la ejecución de sus decisiones⁵⁵. En el segundo, se dice que puede ser explicado a través de una máxima procesal, la *Offizialmaxime*, surgida de decisiones del TCF, es decir, producto de la «AP» y que, en consecuencia, importa el poder de variar el contenido de la pretensión e inclusive la vía procedimental, afirmando el TCF que su única limitación es la demanda, esto es, el inicio del procedimiento.

A fin de identificar con claridad aquello que estamos llamando «AP», ésta no debe ser confundida con una integración de la costumbre *praeter legem*, en tanto ésta importaría darle la calidad de norma jurídica al *usus fori*, situación severamente cuestionada en la doctrina procesal en cuanto que, mayoritariamente, se recusa que la práctica comúnmente generalizada sea fuente de Derecho. Por otro lado y de acuerdo a la descripción hecha en el párrafo anterior, no se trata de una integración sea porque hay «delegación» sea porque se actúa sobre una situación regulada, en cualquier caso el vacío o laguna no está presente.

Hasta aquí la descripción sobre lo que, a veces contradictoriamente, se entiende que es la «AP». A continuación las críticas más destacadas que ésta recibe de la misma doctrina alemana.

- Un cuestionamiento muy importante se refiere a la concesión hecha por el legislador reduciendo intencionalmente su actuación al mínimo, como presupuesto de la «AP». La objeción obvia es que si hay concesión entonces no hay autonomía, sino la recepción de una suerte de delegación tácita o algo parecido. Por otro lado, para que esta renuncia intencional del legislador sea reconocida, tendría que ser expresa o, por lo menos, sobreentenderse con alguna claridad. Finalmente, una conducta legislativa intencionalmente omisiva es excepcional tanto que, sin una justificación suficiente, devendría en inaceptable. Es lo que también piensa Rodríguez-Patrón cuando considera, apoyándose en Canaris y en la doctrina mayoritaria, que la laguna es un «vacío inconsciente» (*planwidrige Unvollständigkeit*).

55 «Artículo 35. El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución.»

- Ésta debe ser la razón por la cual un jurista que siempre está dispuesto a proponer nuevos retos al pensamiento constitucional como Häberle no sea partidario de la «AP», en tanto considera que lo que existe es una mayor libertad de interpretación en el ámbito procesal del TCF como consecuencia de la autonomía del Derecho Procesal Constitucional, cuya trascendencia es explicable por el contenido material de la Ley Fundamental. Sin embargo, le parece adecuado el uso que se hace de las técnicas de interpretación y su flexibilidad, pero en ningún caso considera que exista una «autonomía procesal» en los términos aquí expuestos⁵⁶.

Sin embargo, no se puede dejar de expresar la preocupación por esta autonomía del Derecho procesal constitucional que afirma el profesor Häberle. Aunque no sea su especialidad, el distinguido jurista alemán es heredero de la más extraordinaria expresión del pensamiento procesal universal en su etapa precursora de la ciencia del proceso y también en la científica propiamente dicha. Y aunque sólo fuese por esa tradición, debería haber intuido que no hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la Teoría del proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional y tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su base teórica.

- Según Rodríguez-Patrón, la crítica más contundente de la «AP» proviene de Schlaich quien, entre otros argumentos, considera que no existe mayor diferencia

56 «En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: «Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado» y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como «ley de pluralismo y participación»: los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de «información a través del pluralismo». También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al «asunto del Derecho procesal constitucional», sin que ello vaya en desmedro de los «principios» y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique «tendencias de ablandamiento». Lo mismo vale para la interpretación integral «procesal interna» de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental.» (HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, pp. 49 y 50).

entre los métodos convencionales de integración y la «AP». En opinión de Schlaich lo que hay es una «libertad de decisión discrecional» que es consecuencia de que el TCF cuenta con una ley concientemente incompleta. Se refiere a la LTCF. Finalmente este autor afirma que el TCF jamás ha reivindicado para sí contar con «AP», sino que más bien lo que hace es «configurar libremente, en un amplio margen, su proceso». Y, como colofón, conviene citar a la profesora Rodríguez-Patrón sobre un tema que —comentando la posición de Schlaich— va a tener relevancia cuando nos refiramos al estado de la «AP» en sede nacional: «Considera desafortunada la expresión Herr seiner Verfahren que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal, no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zemsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas —opina—, son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la «autonomía procesal» del TCF. En sentido parecido, E. Klein.»⁵⁷

- Hay una crítica que es muy sólida y didáctica para efectos de comprender el relativo suceso que ha tenido la «AP» que, además, constituye una razón fundamental para que su uso no sólo no haya fructificado sino que deba ser apreciado con extremo cuidado. Existe un principio de legalidad procesal que no sólo tiene la calidad de derecho fundamental sino que se expresa también, en forma distinta, en otros tantos derechos fundamentales. En efecto, sobre las normas procesales hay una reserva de ley que resulta indispensable respetar, dado que es la manera cómo se asegura, por ejemplo, la presencia de un juez natural, de un procedimiento previamente establecido por ley, entre otros.

Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones que van a ser empleadas como normas en procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. La aplicación de estas «normas» a tal o a cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal (¿se aplica a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otros, son temas que generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal. Está clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales, sin embargo, no puede dejar de ser clara, también, la posibilidad de que, desde el punto más elevado de la garantía jurídica, se afecten precisamente derechos fundamentales.

- Una objeción mayor, que se puede tornar insalvable, tiene que ver con el hecho que el acto de legislar en materia procesal es, sin duda, una decisión política, lo que implica que aquello que hemos dado en llamar «AP» está afectando la teoría de la división de poderes desde que viene siendo realizada por un órgano jurisdiccional, aunque sea necesario reconocer, a su vez, que el rasgo peculiar de

57 RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Ob. cit., p. 35.

las decisiones del TCF consiste en que en muchos casos tienen un definido contenido político y social.

- En cualquier caso, recobra vigencia la preocupación de siempre: la prueba definitiva sobre cuándo se afectan los límites de un Estado democrático de Derecho está en el hecho de que no debe existir órgano que ejercite poder y que no tenga control. Es necesario, por su trascendencia, relevancia y permanente aumento del número los derechos fundamentales a ser protegidos —hubiera sido impensable hace cincuenta años afirmar que asegurar la calidad del aire es un derecho fundamental— permitir que los tribunales constitucionales puedan actuar en situaciones en donde la norma procesal no provee alternativas. Sin embargo, es necesario recordar que cuando esa situación se presente, la seguridad jurídica exige que esa regla inspiradora nacida de un contexto de oportunidad se convierta posteriormente en un enunciado normativo conforme al procedimiento legislativo vigente.

- Lo que sigue es una apreciación personal sobre el tema de la «AP». Sobre la base de la información brindada por la profesora Rodríguez-Patrón no alcanzo a comprender por qué ella ha elegido traducir *Verfahrensaautonomie* como «Autonomía procesal». Sin afirmar que hay unanimidad sobre la materia, suele aceptarse en teoría del proceso que *procedimiento* es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos que actúan en la búsqueda de un objetivo determinado. Por extensión, también se denomina así a la forma que toman los actos con sujeción a las reglas previstas. Siendo así, puede haber un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, en tanto consista en un conjunto de reglas previstas anteladamente para lograr el objetivo deseado. El *proceso*, en cambio, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos realizados durante la actuación jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico.

Entonces, cuando al iniciar sus estudios la profesora Rodríguez-Patrón empezó a encontrar una identificación en el uso de los conceptos *aussere Geschäftordnung* (Reglamento externo del TCF) y *Verfahrensaautonomie* (Autonomía procedimental) debió intuir que el TCF lo que estaba haciendo es expandir su facultad reglamentaria externa a ámbitos ligados a aspectos procedimentales (externos, puntuales, precisos) del proceso. Y parece que ese era el sentido, en tanto la expresión *Verfahrensaautonomie* —salvo que información doctrinal desarrollada y definida diga lo contrario— no es otra cosa que *Autonomía procedimental*. Si la traducción además de ser literal se hubiera compadecido de las categorías usadas en teoría del proceso, el enredo y su perniciosa importación (como se verá luego) hubieran sido mínimos.

Por lo demás, partiendo de categorías precisas, podría admitirse que fuera de aquellos casos en donde hay facultad legislativa expresa (como en la ejecución de las sentencias) o en aquellos otros donde no se presentan lagunas (porque para ellas hubiera bastado el uso de las técnicas de integración), la actuación del TCF podría ser calificada como *Prozessaautonomie*, esto es, *Autonomía procesal*. Nos referi-

mos a aquellos casos excepcionales en donde se modifica el objeto del proceso, por ejemplo. Con ello, no sólo se hubiera dado el nombre pertinente a los actos que se realizan sino que además de limitar clara y pedagógicamente el contenido de cada categoría, este discernimiento habría permitido que el título de *Herr seiner Verfahren* (Señor de su procedimiento) hubiera sido menos embriagador para ciertos espíritus nativos a quienes les sobreexcita las ideas foráneas, como lo apreciaremos a continuación.

- Finalmente, es bueno recordar, con la ayuda de la profesora Rodríguez-Patrón, que la actuación del Tribunal Constitucional español en materia de «AP» está directamente ligada a los procesos de inconstitucionalidad y a los efectos de las sentencias que en estos recaen. Ésta es una situación que va a ser ilustrativa para cuando apreciemos la original incorporación de la «AP» en el Perú.

- Hay una frase de la profesora española citada que, con agudeza, compendia lo que queda luego de haber analizado la categoría estudiada: *«Aunque no ignoramos que —según lo expuesto— la expresión «autonomía procesal» puede resultar problemática, no renunciamos a su utilización para definir ese fenómeno. Ello nos ahorrará tener que describirlo cada vez que nos refiramos a él. Lo usaremos, pues, no por su exactitud desde un punto de vista técnico-jurídico sino, fundamentalmente, porque resulta —sin duda— gráfico»*⁵⁸.

La «autonomía procesal» en sede nacional

En mayo de 2007 se realizó en Huancayo el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional «Héctor Fix Zamudio». En él se reunieron los constitucionalistas peruanos que tienen interés —tanto que hasta enseñan— por los estudios procesales. Allí el doctor Mijail Mendoza —asesor del Tribunal Constitucional— presentó una ponencia que intituló: LA AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Tratándose de un trabajo de reciente data (sólo lo separa un mes de la publicación de la sentencia comentada) y realizado por alguien que conforma el equipo de asesoría del TC, resulta de especial interés conocer qué se piensa desde dentro del TC sobre la «AP». Como se comprobará a continuación, no sólo el TC ha hecho suya la «AP», sino que resulta evidente que, ésta se ha convertido en el instrumento principal a través del cual se han alterado los cimientos del ordenamiento jurídico peruano, aunque es bastante probable que ello haya ocurrido sin que siquiera se tenga conciencia de lo que se ha producido.

Ni en su país de origen y tampoco en España, desde donde se nutren de información los asesores del TC, la «AP» ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación. Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC saben que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engen-

58 RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Ob. cit., p. 45.

dró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre una ciencia jurídica, la procesal. Analicemos el trabajo.

- El autor define la autonomía procesal constitucional (en adelante APC, porque para el profesor Mendoza es sin comillas) diciendo que es un principio que «establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales» [p.1]. Sin embargo, más adelante el autor varía su definición sustancialmente y afirma: «la autonomía procesal constitucional viene a ser la potestad de creación judicial de derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional» [p.5].

Si el autor se quedara con la primera definición, ésta sería «el parto de los montes», es decir, mucho ruido para nada. Si la APC se caracteriza porque el juez interpreta e integra normas constitucionales, ¿acaso no es exactamente lo que hacen todos los jueces ordinarios con las normas del ordenamiento jurídico? ¿Dónde está la singularidad? Por lo demás, no olvidemos que la «AP» se presenta en el TCF cuando las técnicas de integración tradicionales son insuficientes. Nótese que ya ni siquiera nos referimos a las técnicas de interpretación, en tanto el presupuesto de la «AP», no lo olvidemos, es la existencia de una laguna deliberada.

Si el autor se quedara con la segunda definición, significaría que el tribunal peruano ha pasado a ser legislador, en tanto por medio de sus decisiones o fundamentos de decisiones —por potestad no explicada pero sobreentendida— pasa a crear *Derecho Procesal Constitucional*, ni siquiera normas procesales específicas, sino ¡Derecho Procesal Constitucional! Ahora, no deja de ser misteriosa la segunda definición, en tanto no dice en qué circunstancias el TC puede ejercer esta potestad o, tal vez, lo ha dicho el profesor Mendoza y no lo hemos advertido, es decir, ¿pensará que en cualquier circunstancia el TC puede crear normas procesales?, ¿inclusive puede derogar las vigentes?

En cualquier caso, habrá que esperar que en un próximo trabajo el profesor Mendoza elija con qué definición se queda a fin de refutarlo sin ambigüedades, categóricamente.

- Estamos seguros que el profesor Mendoza sabe que en Derecho «reivindicar» significa recuperar algo que estuvo en nuestro dominio. A pesar de ello, éste afirma que las respuestas del TCF «se han sustentado en premisas relativas a su reivindicación de su condición de «Señor del proceso» (Herr des Verfahrens)».

El TCF está al borde de los sesenta años de existencia, ¿alguna vez fue «Señor del proceso» o «Señor del procedimiento» para ser respetuoso de la traducción?, ¿a qué reivindicación se refiere? Lo que el TCF hizo en la sentencia (DTCF 13, 54 [94]), donde acuñó el título comentado, fue variar la vía procedimental de un proceso constitucional, a fin de permitir un pronunciamiento sobre el fondo. Para evitar excesos en la interpretación del título, el TCF precisó que lo hizo sólo porque si le ordenaba al demandante que inicie un nuevo proceso, su pretensión habría prescrito. Así lo dejó establecido el «Señor del procedimiento», precisamente para ha-

cer saber que no se trataba de una arbitrariedad, sino de una decisión originada en privilegiar la tutela del derecho fundamental afectado. Se trata de una decisión que, por lo demás, compartimos totalmente y que, en ningún caso, importa el ejercicio vertical de un dominio que alguna vez se haya, como parece sugerir el uso del título. Lamentablemente la prudencia del TCF no fue advertida en el Perú.

- Transcribamos ahora al profesor Mendoza para ser fieles a su dicho:

«El Tribunal Constitucional puede ejercer tal potestad de creación con motivo de:

- 1) La interpretación de normas procesales constitucionales (creación por interpretación)
- 2) La integración de lagunas en normas procesales constitucionales (creación por integración)
- 3) La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal)
- 4) La creación de normas procesales constitucionales (creación directa).»[p. 3]

Ahora comentemos cada una de las opciones por separado.

1) Tarello enseña a distinguir el documento normativo de la norma⁵⁹ lo cual, para no complicarnos, equivale a distinguir el signo del significado. Así, un artículo de un código es un documento normativo del cual se puede extraer uno o más significados. Cuando ese acto lo hace un juez en un proceso, por medio de la interpretación, se afirma que ha creado una norma jurídica para resolver un caso concreto. Y ello es en considerable medida correcto.

59 «Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione. L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonchè, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i loro significati. Quando le combinazioni sono molto articolate, sembra talvolta che l'interpretazione non consista, propriamente, in una attribuzione di significato *ai* documenti normativi, bensì in una ricerca di norme *oltre* i documenti: in questi casi talvolta si parla di «ricerca del diritto»; talvolta invece sembra che l'interpretazione consista nello *scegliere, tra* i documenti normativi, quello (o quel suo segmento rappresentato da un enunciato) cui attribuire un significato, traslasciando gli altri; in questo caso si parla di «individuazione della norma». Ma, manche in questi casi, l'interpretazione prende le mosse da un documento, o da più documenti, che si presume esprimano norme, e il primo passo consiste nell'attribuzione di significato a un documento normativo e agli enunciati in cui esso si suddivide.» (TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè Editore, Milano, 1980, pp. 102 y 103).

Entonces, cuando un juez —ordinario o constitucional— interpreta un documento o enunciado normativo y extrae de él una norma y la aplica al caso concreto, crea Derecho y ello no importa ninguna novedad, es común a todos los jueces. En consecuencia, no hay razón para atribuirle esa actuación en exclusiva al TC, en tanto podría leerse que los demás jueces están limitados en tal potestad. Inclusive, conviene precisar que la conclusión es válida con prescindencia de si la norma es material o procesal.

El profesor Mendoza dice que la interpretación se emplea cuando las normas presentan *indeterminaciones* [p.4]. Sin embargo, la doctrina es pacífica y unánime en sentido contrario: el juez, cuando resuelve un caso y emplea un documento o enunciado normativo, siempre interpreta. Y esto es obvio dado que, como el enunciado no es norma, resulta necesaria una operación racional-justificatoria que extraiga de éste el contenido (norma jurídica) que corresponda para resolver el caso concreto. Inclusive en aquellos supuestos, en apariencia «simples», en donde el juez establece una identidad entre el enunciado con la norma que extrae, se produce interpretación. La llamada interpretación literal es una opción normativa decidida por el juez. Todo esto sin perjuicio de dejar sentado la compleja problemática que se presenta en otras disciplinas (Semiótica y Lingüística) cuando se trata de determinar los alcances de la llamada interpretación literal.

2) Las técnicas de integración sirven para eliminar las lagunas, que son los vacíos producidos por un sistema normativo incompleto, por lo menos en su versión más simple⁶⁰. Esto significa, en consecuencia, que de manera evidente el uso de alguna técnica de integración implica un acto de creación normativa. Sin embargo, seguimos insistiendo en que el uso de tales técnicas es patrimonio común del TC y de cualquier juez ordinario con prescindencia de su grado.

Así y todo no deja de sorprender la afirmación del profesor Mendoza en el sentido de que el acto consiste en: «La integración de lagunas (...)» porque las lagunas no se integran sino se eliminan o, si se quiere seguir siendo literal, se llenan. Es cierto que integrar es comprender, incorporar, pero en este caso es respecto de la norma creada y no de la laguna.

60 «Los teóricos que recientemente se han ocupado del problema de las «lagunas» en el derecho admiten, en general, que su elucidación requiere que se tome en cuenta la noción de «sistema de normas». De esta forma, pareciera que el problema en cuestión puede ser referido al análisis de la completitud, en tanto propiedad formal de los sistemas normativos. Lo que supone que la idea de sistema puede constituir el punto de partida de un modelo teórico viable para la comprensión del conjunto normativo denominado «derecho». Así, en un conocido artículo, Norberto Bobbio afirma que la categoría de la «laguna» no es más que el reverso de la noción de completitud referida a un sistema de normas jurídicas. Esto es así, justamente, porque la afirmación de que el derecho tiene lagunas equivale a decir que es incompleto.» (CARACCILO, Ricardo. *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*. Distribuciones Fontamara, México D.F., 1999, p. 25).

El Código Procesal Constitucional⁶¹ regula la integración y establece un orden de prelación en donde la analogía ocupa el primer lugar. Según el profesor Mendoza, dado que la analogía tiene «un grado de creación de mínima magnitud» [p.4] y que además la norma nacional exige que lo obtenido por ésta no sea «contrario» a los fines de los procesos constitucionales y, asimismo, contribuya «a su mejor desarrollo», son los modos de integración regulados en la norma luego de la analogía aquellos en donde «tiene lugar una significativa creación de una norma»

El profesor Mendoza reserva las razones por las que no cree en la analogía. Son los otros modos integrativos los favoritos del citado profesor, en tanto afirma que dan lugar «a la creación directa de una norma procesal constitucional». Por eso concluye con una frase que bien puede explicarlo todo sobre la APC o nada: «En consecuencia, la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal».

Lo expresado significa que la APC se concreta en el Perú por medio del uso de la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina. Si es así, entonces —sólo para empezar a entenderla— no tiene nada que ver con la «AP» del TCF alemán y tampoco con lo que se hace en España bajo ese rubro. En cualquier caso, los serios problemas que en los países europeos ha tenido la fundamentación y justificación de la «AP» han desaparecido en sede nacional de un plumazo. En realidad sólo ha sido necesario prescindir de su fundamento y justificación. Como resulta obvio más que una categoría jurídica la APC resulta una entequeia.

Para obtener tal resultado, el profesor Mendoza sólo ha hecho uso nominal de la «AP» alemana para convertirla en APC y darle por «sustento»: TODAS LAS FUENTES DE INTEGRACIÓN CONOCIDAS CON PRESCINDENCIA DE LA ANALOGÍA. Ahora algunas preguntas malvadas:

a) Dado que hay una norma procesal nacional (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que provee el uso de técnicas de integración en los procesos constitucionales y dado que la APC —creación del profesor Mendoza y, como hemos comprobado, absolutamente ajena a la «AP»— consiste en el uso de ellas salvo la analogía, ¿en qué consiste la creación de don Mijail?

61 «Artículo IX. *Aplicación Supletoria e Integración.* En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.»

b) Dado que don Mijail ha reducido al mínimo el poder de creación de la analogía, ¿sabrá que un autorizado sector de la doctrina⁶² afirma la imposibilidad de distinguir el uso de la analogía del uso de los principios generales del Derecho? Lo que ocurre es que cuando se usa el recurso analógico se realiza un procedimiento lógico de generalización y cuando se usa un principio general del Derecho a un caso concreto se deconstruye el mismo procedimiento lógico. Todo lo que hay es una inversión de lo que es materia y lo que es método, nada más.

3) El caso de la existencia de una norma autoritativa no tiene nada que ver con el tema de la «AP», para ello nos remitimos al ejemplo del artículo 35 de la LTCF descrito en la cita N.º 55. Entonces, ¿para qué tratar un tema que no sólo es ajeno al estudiado sino también a la actuación del TC en sede nacional, en tanto no hay norma que permita tal actuación?

4) Y, finalmente, llegamos al tema de estudio. El profesor Mendoza llama a la APC, lacónicamente, «creación directa», lo que significa según sus palabras, «la simple y llana creación de normas procesales constitucionales, donde ésta tiene lugar plenamente y por antonomasia» [p. 3].

Buena parte de lo que se debería decir en este segmento ya se hizo a propósito del punto 2 cuando el profesor Mendoza identificó la APC con las técnicas de integración con excepción de la analogía. La pregunta que ahora aparece urgente y que se va a quedar sin responder es: ¿cuáles son los presupuestos y los fundamentos de la institución que, según parece, ha sido creada por el profesor Mendoza?

Una vez leída la ponencia se advierte que, lamentablemente, los temas aludidos en la pregunta anterior no ha sido tratados. De hecho ni siquiera explica el autor por qué la APC es una potestad. Un comentario al anacronismo de la teoría de la separación de poderes, por ejemplo, hubiera sido un comienzo auspicioso. Por otro lado, tampoco desarrolla la legitimidad del TC para ejercer esa potestad. Si lo expresado no parece grave, podríamos ejemplificarlo: ¿qué es un oficial de poli-

62 «18. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogía iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*). En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario del mismo. Ciertamente, los principios no se utilizan únicamente para integrar lagunas, sino también para interpretar el Derecho, dictar nuevas normas, etc. Sin embargo, en todos estos supuestos la utilización de los principios exige argumentaciones de tipo analógico.» (ATIENZA, Manuel. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Civitas, Madrid, 1986, pp. 184 y 185).

cía armado pero que jamás estuvo en la escuela de policía y tampoco tiene nombramiento? Un peligro público. Aún cuando al profesor Mendoza no le interesa mayormente la analogía, éste podría ser un caso clásico por la identidad que guardan el «oficial de policía» y la «APC» (esta vez con comillas).

- Continúa su ponencia el profesor Mendoza explicando algunos casos donde el TC ha aplicado la APC. Cabía pues la posibilidad que sea el TC, por medio de sus resoluciones, quien explicara los fundamentos jurídicos y la legitimidad que lo titula para emplear la institución estudiada. En el caso Arellano Serquén (Exp. N.º 2579-2003-HD/TC) el TC dice: «dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del «estado de cosas inconstitucionales»». Luego agrega que: «es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales». Aquí no hay fundamento ni legitimación para hacer nada. Una lástima, el primer caso en donde aparece la APC no dice cuál es su sustento y tampoco su justificación, veamos otro.

- En el caso Anicama (Exp. N.º 1417-2004-AA/TC) ya aparece expresamente la APC que comenta el profesor Mendoza. Él afirma que el TC parte de un principio «conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen 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 (...)». Una vez más la frase no ayuda a llenar los vacíos y ni siquiera es posible determinar cuál es el principio al cual se hace referencia. Lo que sería lamentable es que éste consista en la concepción decimonónica del proceso según la cual las normas procesales sólo son las que regulan las «formas» de los actos materiales, razón por la cual se puede «flexibilizar» su empleo.

- En la página 29 de la ponencia se afirma: «La diferencia sobre el *petitum* se da cuando se consigna un petitorio erróneamente (...)». Sin duda el profesor Mendoza tiene derecho a desinteresarse por el Derecho Procesal pero, si decide referirse a él, surge el imperativo moral ante sus lectores de leer (y entender) siquiera un manual sobre la materia. No voy a explicar en este trabajo qué es *petitum* y qué es petitorio, sin embargo, no puedo negar que lo descrito produce un grave desencanto respecto a la calidad de los estudios jurídicos comentados y, aun cuando no se puede generalizar, una incertidumbre sobre el grado de seriedad de lo que se esté haciendo en el TC.

- Y lo que sigue es la cereza de la torta. La bibliografía utilizada por el profesor Mendoza tiene dos títulos en nuestro idioma, ambos pertenecen a la profesora Patricia Rodríguez-Patrón. El primero es su trabajo en borrador, por así decirlo, publicado en una revista en el 2001 y luego su libro —con información corregida— sobre el mismo tema que data de 2003 y que hemos citado en este trabajo.

A lo largo de su primer trabajo la autora ha empleado la frase autonomía procesal empleando comillas, dando razones sobradas para hacerlo (que es una categoría discutible, que en estricto no es autonomía, que su legitimidad es precaria, entre otras). Y en su obra definitiva, la doctora Rodríguez-Patrón la denomina: *La «Autonomía Procesal» del Tribunal Constitucional*, es decir, tal como se ha explicado en este trabajo, la autora ratifica su posición sobre la precariedad de la institución.

Sin embargo, aunque parezca increíble, el profesor Mendoza ¡le ha quitado las comillas al título del libro!, es decir, ha variado sustancialmente el contenido y la opinión de la autora con el simple expediente de alterar el nombre de su obra en la bibliografía y a lo largo de su trabajo. ¿Qué pensaría el doctor Mendoza si en este trabajo empiezo a llamarlo «doctor» Mendoza? Sería un agravio que descalifica severamente al que lo hace y no al que lo soporta.

En cualquier caso, el propósito de este apartado no es otro que develar el uso de la Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que viene expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la «AP» como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso.

2. Las instituciones procesales en la sentencia analizada

- Aún cuando se trata, una vez más, de una autocita⁶³, la idea que subyace en el párrafo a comentar tiene la aparente densidad de un agujero negro y, simultáneamente, el contenido de un cuenco sin fondo. Las categorías e instituciones procesales tienen forma y contenido propios, no están vacías. Al formar parte de una teoría, están enhebradas en base a una sistemática que las relaciona y unifica, sin perjuicio, claro está, de reconocer variantes al interior de ellas, generadas en una concepción del mundo distinta, un sesgo ideológico particular o en exigencias

63 «Si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)». (fundamento N.º 4)

sociales (que pueden ser económicas, religiosas, políticas, etc.) surgidas de su empleo en un ámbito de actuación específico.

En consecuencia, es falso que los derechos materiales «configuran y llenan de contenido» a las categorías e instituciones procesales. Éstas tienen estructura y contenidos propios. Lo que parece haber querido decir la cita, con maltratado lenguaje, es que el contenido material del derecho discutido es determinante para la interpretación y posterior aplicación de las normas procesales. Ello no sólo es verdad, sino es absolutamente obvio: las normas procesales poseen un carácter instrumental.

Las instituciones procesales necesitan recibir una interpretación particular, por ejemplo, en el Derecho Laboral, en dicha disciplina hay principios exclusivos y esenciales que así lo exigen. Sin embargo, principios como el de primacía de la realidad o el *indubio pro operario* no «llenan de contenido a las normas procesales», su función es orientar metodológicamente su interpretación y posterior aplicación al proceso en concreto. Y así va a ocurrir con cada una de las disciplinas jurídicas de donde se desprendan conflictos que requieren satisfacción procesal. Emplearán el proceso, sus categorías básicas y sus variantes teóricas, pero se apartarán cuando la particular esencia del derecho material discutido así lo exija. Eso es todo.

Entonces, no es patrimonio del Derecho Constitucional darle forma y llenar de contenido a aquello que tiene estructura propia y está preñado de conocimiento desde mucho antes. El Derecho Constitucional produce sobre la categoría o instituto procesal a emplearse, entonces, el influjo particular y propio que ejerce cada Derecho material sobre el instrumento procesal a fin de afinar su eficacia resolutoria, por así decirlo, adecuándolo a fin de que cumpla la función específica que le corresponde, ni más ni menos.

- Lo que resulta absolutamente inexplicable es la crítica que a continuación se hace al positivismo, se le imputa «desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas, científicas y neutrales». ¿A cuál positivismo se refiere la frase? Estoy seguro que los distinguidos jueces del TC saben que es absolutamente imposible referirse al positivismo jurídico sin precisar a cuál de sus corrientes o variantes se refiere. Por la manera tan genérica e irresponsable que se le cita, podría muy bien tratarse de aquello que Luigi Ferrajoli llama paleo-positivismo⁶⁴.

64 «Así, mientras en el paradigma paleo-positivista el «ser» del derecho se identificaba con su existencia, en el paradigma constitucional el *ser* del sistema jurídico comprende también su *deber ser constitucional*, el cual, si de un lado no debe confundirse con su deber ser ético-político o externo, tampoco ha de ser considerado ajeno al *ser* del derecho. Ésta es, precisamente, la novedad introducida por el constitucionalismo en el cuerpo mismo del derecho positivo y, por tanto, del positivismo jurídico». FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 26.

Si así fuera, sería bueno que precisaran la crítica, así tal vez todos estaremos de acuerdo con el cuestionamiento, claro, siempre que se tuviera la pertinencia de precisar en qué consiste éste en el caso concreto, lo que, por cierto, no se realiza.

¿Los jueces del TC saben que hay positivistas legalistas (creen que lo jurídico nace de la voluntad del poder), positivistas sociologistas (creen que lo jurídico surge de una situación prevaleciente en la sociedad o de la voluntad de un grupo iluminado que combina su pensamiento con lo que le impone la realidad social) y positivistas historicistas (creen que lo jurídico surge de una línea escatológica que debe ser seguida)? Partiendo de la hipótesis no comprobada de que son lo que se creen, sin duda lo saben. Entonces, hubiera sido adecuado, aunque sea por urbanidad, que hubieran identificado al pensamiento criticado. ¿Conocen también que Bobbio se reconoce asimismo como un positivista metodológico? Seguro que sí, por la razón antes anotada.

Finalmente, me resisto a creer que los jueces del TC desconozcan que la teoría jurídica más sólida y exitosa en el último cuarto de siglo es una capaz de ser concebida, simultáneamente, como una teoría del Derecho (es decir, como propuesta formal de un conjunto sistemático de conceptos teórico-jurídicos) y, a partir de tal propuesta teórica, convertirse en un instrumento para investigar el fenómeno jurídico desde por lo menos tres opciones distintas. Una concepción que propugna el desarrollo de una dogmática jurídica (donde se investiga la relación entre el «ser de Derecho» y el «deber ser de Derecho»), otra consistente en una concepción sociológica o historiográfica (aquí se investiga la relación del Derecho con la realidad), y, finalmente, una concepción de filosofía política (donde se estudia el fenómeno jurídico a partir de la relación entre Derecho y Moral).

Esta teoría tiene como rasgo característico la afirmación *a priori* de que sus postulados sólo pueden concretarse al interior de un Estado constitucional de Derecho. ¿Saben los señores jueces que esa teoría, llamada Garantismo, tiene como su máximo exponente a Luigi Ferrajoli, quien se reconoce plenamente como positivista? Si la respuesta es afirmativa, significaría que se están apartando de la teoría más exitosa en materia de reconocimiento de la plenitud de la Constitución y de la imprescindible necesidad de que los derechos fundamentales mantengan una vigencia permanente. Si es negativa, significaría que los únicos jueces en el Perú que están obligados a no equivocarse —en tanto son los únicos que producen cosa juzgada «químicamente pura»— no saben lo que dicen. Esto último sería muy grave.

Pero no se crea que este combate contra el positivismo en el proceso fue un exabrupto. Más adelante, en el fundamento N.º 71 se reitera el ataque al positivismo y otras especies, lamentablemente, con la misma inconsistencia ya descrita. Se afirma que el proceso «como instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral...» corresponde a una «práctica propia del positivismo y relativismo procesalista». Pero, dado que ya se explicó la inconsistente agresión al positivismo, nos preguntamos: ¿qué es el relativismo procesal? Bueno, supongo lo contrario que el «absolutismo procesal» que, como todo absolutismo, lo intuyo nocivo y

perverso. En otras palabras, me confieso relativista por oposición a su contrario, el absolutista, aunque confieso no saber qué es uno u otro y, lo que es peor, no haber encontrado en las obras clásicas de la ciencia procesal una referencia a tal clasificación. Parecen ser corrientes doctrinarias que no están todavía desarrolladas en la teoría procesal, lo que no ha sido óbice para que el TC las condene sin perjuicio de que no haya explicado en qué consisten.

- Concluimos este análisis con una frase que sólo puede explicarse en un país ganado por la violencia, aunque, así y todo, no deja de causar asombro cuando se advierte quién la emplea y de qué manera. Dice el honorable TC que «la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del TC...». ¿La metáfora no corresponde con la idea o la idea no está contenida en la metáfora? Si como producto de su sesuda reflexión el TC elimina la estrechez de un instituto procesal, eso significa que lo amplía, lo hace más claro, lo precisa, lo «ilumina» para usar una palabra que hace pocos años fue en el Perú tanto o más peligrosa que «dinamita». En cualquier caso, queda claro que las reflexiones del TC no dinamitan nada, pues si así fuera, el instituto quedaría hecho añicos, inservible, como le ocurre a algunas frases corrompidas por su falta de claridad.

- En el fundamento N.º 74 —está en la página 26 y la sentencia tiene 31— se hace referencia a que «en ningún caso, las resoluciones judiciales *antes mencionadas*...». La afirmación citada es de significativa importancia porque se trata de las resoluciones que posteriormente van a recibir, en el decisorio de la sentencia, sea la sanción de nulidad o la de suspensión de sus efectos.

Sin embargo, el primer dato a destacar es que antes del fundamento N.º 74, JAMÁS fueron *mencionadas* las resoluciones «antes mencionadas». Y no es baladí el defecto incurrido, al contrario, es determinante para comprobar la grave afectación del derecho a una tutela procesal efectiva que están soportando decenas de personas. En efecto, si se lee la demanda, se advierte que el demandante TAMPOCO ENUMERA las resoluciones judiciales que pide sean declaradas nulas, simplemente plantea cinco rangos dentro de los cuales debe recaer la nulidad de las resoluciones.

Una demanda con ese tipo de pretensión, es decir, la nulidad de un rango —es como pedir que se declaren nulas las resoluciones judiciales dadas en los veranos de los años 1997, 1998 y 1999 en la Región Grau—, dentro del cual hay un número indeterminado de resoluciones, determina que la sentencia proyecte sus efectos sobre un campo absolutamente abierto y difuso, es decir, una «pretensión abierta» en un proceso cuya exigencia teórica es que el conflicto competencial que se propone sea concreto según la enseñanza de Zagrebelsky (?).

- Se han anulado resoluciones pertenecientes a doce procesos seguidos y ganados por personas que jamás fueron emplazadas. Es decir, hace su debut en el Derecho peruano, en pleno siglo XXI, *la sentencia invisible*, que es aquella que puede recibir cualquier persona que haya ganado un proceso de manera definitiva, pero

que el TC, cualquier día de cualquier año, puede decidir que tal triunfo es nulo, en un proceso seguido impunemente a sus espaldas.

- Aunque parezca extraordinario, el TC ha declarado la nulidad de resoluciones firmes en muchos procesos y también ha declarado la suspensión de los efectos de otras, pero SIN HABER TENIDO LOS EXPEDIENTES CONSIGO PARA SU REVISIÓN.

Es necesario dejar constancia, a fin de que se aprecie la magnitud del error, que cualquier juez peruano que hubiera declarado la nulidad de una resolución que obra en un expediente que él jamás tuvo en su despacho para estudio, sería destituido sumariamente por irresponsable y malicioso. Salvo claro que fuese juez del TC.

Una prueba contundente de la irresponsabilidad incurrida —anular lo que no se aprecia— se presenta con la declaración de nulidad de la sentencia expedida por el 63° Juzgado Especializado Civil de Lima en el expediente N.º 2153-2004. Este proceso no se encuentra en ninguna de las hipótesis de nulidad desarrolladas por la sentencia. Es decir, el demandante en este proceso ha sido más desgraciado —si cabe tal estado— que los titulares de los otros procesos anulados, se trata de una «baja civil» ante un ataque con dinamita a un número indeterminado de procesos. Si los ataques con bombas inteligentes producen víctimas no queridas, es de imaginar lo que puede producir un ataque desproporcionado e irresponsable a dinamitazo puro.

- Como la sentencia teme que la poda que ha realizado podría no haber sido completa —es decir, que la explosión haya dejado sobrevivientes—, decide amparar la «pretensión abierta» propuesta por el demandante con un decisorio igualmente generoso y expansivo. Declara una nulidad genérica sobre todos aquellos procesos que hayan concluido arrastrando el estigma de haberse apartado de una interpretación del TC o de uno de sus precedentes vinculantes.

- El TC ha declarado la suspensión de algunos procesos. Ahora, la suspensión jamás fue demandada, ¿un juez puede incorporar una pretensión que no se demandó? Me imagino que aquí es donde aparece la crítica al positivismo y relativismo procesal. Para no ser vilipendiado afirmo que sí se puede. Pero cuidado, no se malentienda, aclaro que el único juez que puede agregar pretensiones en el decisorio sin que se discutan en el proceso es el TC. Cualquier juez ordinario sería destituido si se le ocurre realizar semejante barbaridad. ¿Por qué? Porque las pretensiones demandadas merecen ser, en principio, conocidas por el demandado, y luego probadas, alegadas e impugnadas por una y otra parte, eso es el proceso. No hacerlo sería convocar una misa negra, lamentablemente ésta puede ser consagrada en el Perú por el TC.

- El TC ha suspendido procesos hasta que la Corte Suprema los resuelva en definitiva. Ahora, ¿se puede suspender algo que ya se acabó? Aunque la respuesta ingenua es no, los procesos «suspendidos» por el TC en la sentencia comentada acabaron hace varios años. Hacerlo es como reabrir un proceso penal contra un

fallecido y luego ordenar que retorne a prisión hasta que la Corte Suprema decida en definitiva su «libertad». ¿Se puede?

Bueno, ganados por los argumentos debemos afirmar que no se puede suspender lo que ya se acabó. Sin embargo, esa imposibilidad sólo alcanza a un juez ordinario, porque si se tratara del TC, cualquier objeción basada en que lo decidido es un asalto a la razón debe ser entendida como producto de una concepción relativista, positivista, neutral, autónoma y científica del proceso, es decir, de una suma de «adjetivos perniciosos» destinados a impedir se advierta y reconozca que el TC lo puede todo.

- Y lo último, aunque no necesariamente lo menos importante, está dado por una frase que en su intrascendente contenido puede mostrarnos las «otras razones» que están detrás de la sentencia comentada. La frase: «*Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial;...*», es antológica. ¿Bajo qué ámbito de discusión jurídica resultan contrarios o idénticos, para el caso lo mismo da, los conceptos «académico» y «jurisprudencial»? ¿Habría querido referirse el honorable TC a los planos teórico y práctico? ¿Tal vez a lo abstracto y lo concreto?

Nunca lo sabremos. Lo curioso es que tratándose de una autocita, un atisbo de modestia hubiera inducido al TC a explicar esta frase enigmática dado que la usa por segunda vez. Aunque claro, no se puede descartar la idea de que más dividendos genera una frase críptica que una didáctica, sobre todo cuando los intonsos somos mayoría.

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

La sinfonía N.º 94 de Haydn se llama «La sorpresa» y tiene como sobrenombre «Golpe de tímpano». Sin embargo, lo que ha hecho el Tribunal Constitucional por medio de la sentencia en comentario ni siquiera es una sorpresa, pero puede ser llamado un «Golpe de mazo» al sistema judicial peruano. Otra diferencia es que la de Haydn es una obra maestra.

Al margen de alguna discreta, aunque a veces no tanto, ironía en los comentarios, acto que puede ser explicado como un mecanismo de defensa, en tanto admito —es inconsciente después de todo— que puede haber sido la técnica para intentar desplazar mi estupor e indignación por un documento público tan peligroso como irresponsable, considero que la sentencia materia de este comentario va a pasar a la historia del Derecho peruano, pero no por las razones que los miembros del TC hubieran querido, sino porque va a ser demarcatoria del límite de su actuación de ahora en adelante.

Por esa razón, quisiera anotar un inventario de prevenciones o alarmas que me parece indispensable compartir, a fin de que estemos atentos y no suframos sus consecuencias. Aún estamos a tiempo. Lo ocurrido es un caso típico de exceso de poder y, cuidado, no hay poder sin control en un Estado democrático. El reconoci-

miento y confianza social que puede tener una institución en el país no es patente de corso para el ejercicio abusivo del poder.

Por lo demás, la Constitución ocupa y debe seguir ocupando un lugar preferente en nuestra organización política, jurídica, social y económica. Aquella misma prioridad que tiene en las sociedades contemporáneas más evolucionadas. Hay que defender su vigencia y primacía con todos los medios permisibles. Sin embargo, en la línea de Häberle, todos y cada uno somos los principales encargados de practicar, cuidar y enseñar la más adecuada interpretación y aplicación de la Constitución. El TC *no es el único*, aunque se lo crea. Debe recordar que, como todos, está del lado de los que debemos cumplirla, sus normas también lo vinculan. El día que una institución pretenda colocarse encima de ella o crea ser ella so pretexto de protegerla, habrá iniciado el camino de su violación sistemática. Y cuando eso ocurra —creo que esta sentencia es un mal paso en esa dirección— estaremos espectando, una vez más, que están dadas las condiciones para el ingreso de un nuevo salvador de la patria, es decir, se está provocando, desde el lugar más insospechado, la interrupción de nuestro sistema democrático.

Ahora sí algunas conclusiones puntuales.

1. *Un nuevo brocardo: la sentencia favor iudex* La sentencia comentada recayó, formalmente, en un proceso originado por un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Sin embargo, concluido el proceso se advierte que, en estricto, no existió un conflicto de competencias o de atribuciones entre los litigantes.

Las sentencias con autoridad de cosa juzgada han sido declaradas nulas o han quedado suspendidas, varios años después de haber quedado firmes, no porque el Poder Judicial afectó directamente alguna competencia o atribución del Poder Ejecutivo, sino porque afectaron una interpretación o un precedente establecido por el TC.

Eso lo ha decidido el mismo TC en un proceso en donde el demandante, Poder Ejecutivo, sólo ha participado de una coartada que lo beneficia de carambola. Ha conseguido por vía extra jurídica aquello que no defendió regular y oportunamente cuando pudo hacerlo y ante quién debió hacerlo.

El TC ha sentenciado un caso con el único fin de afirmar que sus decisiones son y serán absolutamente vinculantes. ¡El TC ha resuelto a su favor en causa ajena!

2. *El «prestigio» del TC con la debacle del judicial.* Como el TC carece —por razones históricas y de formación jurídica— de la autoridad que tienen los órganos supremos en otros países —el caso de la Suprema Corte norteamericana, por ejemplo, que vincula a los jueces y a la Comunidad con su prestigio—, ha utilizado este proceso para imponer su «jerarquía» y ordenar que sus interpretaciones y precedentes tengan fuerza vinculante absoluta sobre todo el sistema jurídico nacional y, específicamente, sobre las decisiones judiciales que, de esta manera, quedan totalmente desprotegidas de sus presupuestos esenciales —la autoridad de la

cosa juzgada, por ejemplo— en tanto pueden ser anuladas en cualquier momento y con prescindencia de su estado.

3. *El TC peruano está más allá del bien y del mal.* Esta autoafirmación de poder omnímodo sobre el sistema jurídico nacional, a pesar de su considerable trascendencia (modifica el sistema de fuentes del Derecho peruano), no tiene fundamento constitucional ni de ningún otro origen. Supongo que el TC considera que siendo el «supremo intérprete de la Constitución» —frase de forma y contenido también inexistente en el Derecho peruano— no necesita de fundamento constitucional para variar el sistema de fuentes. En cualquier caso, considero que se trata de un *bluff* construido encima de otro.

4. *El TC expresa la única interpretación correcta.* «Recuperando» la importancia de una vieja teoría de la interpretación jurídica, al institucionalizar y sobrevalorar lo que realiza, el TC ha asumido la ciclópea tarea de expresar «la única interpretación correcta» que es posible hacer en materia constitucional. Estamos en la puerta de una actividad interpretativa que además de auténtica va a tener calidad normativa, es decir, fuerza vinculante, casi nada.

Ahora bien, si todavía no se ha advertido el ilimitado poder que el TC se ha autoconcedido, habría que recordar que la Constitución tiene decenas de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales, como resulta evidente, están expresados en normas constitucionales que no han sido concebidas para tener un significado fijo, sino para exactamente lo contrario⁶⁵. Si estas normas de textura abierta son sometidas al rigor interpretativo y vinculante de un solo órgano, cuyas decisiones no se discuten y obligan a todos, advierto una terrible consecuencia, en medio de otras: una vez que el TC haya escogido la opción interpretativa que considere, toda concepción dinámica y evolutiva de la Constitución y de los fenómenos sociales habrá quedado desterrada. Y el Derecho habrá entrado —sin que ni siquiera el supremo intérprete (el TC, el causante) pueda hacer nada— en una fase de declive o, en cualquier caso, a ser todo lo contrario de lo que se espera del órgano supremo de control de la primacía y eficacia de la Constitución.

65 «En ese sentido, las reglas constitucionales carecen de significado fijo y la Constitución sólo expresa *«les lignes essentielles de la philosophie politique gouvernementale»*. Con respecto a esto, el Tribunal Constitucional se presenta como *«Vertrauensstelle der Regierung»* porque define el lugar del gobierno *inter alia* a través de la interpretación de reglas constitucionales. La interpretación constitucional cumple funciones políticas, se basa en valoraciones políticas. La interpretación constitucional institucionalizada otorga enormes poderes políticos a los intérpretes oficiales. Al Tribunal Supremo de EE.UU. se le tiene como un *policy-maker* y la historia de su actividad, desde los tiempos del *New Deal* hasta las recientes decisiones de *desegregation*, demuestra ese papel y el significado cambiante que se atribuye a las reglas constitucionales de EE.UU. El poder de la interpretación constitucional es tan relevante por razón del impacto del contexto funcional sobre el significado de las reglas constitucionales». WRÓBLEWSKY, Jerzy. *«Constitución y teoría general de la interpretación jurídica»*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pp. 79 y 80.

5. *El mito de la cosa juzgada constitucional.* Al «crear» la institución de la cosa juzgada constitucional —concepto que es usado en otras latitudes pero con otro contenido— la sentencia ha relegado a una función meramente preclusiva a la cosa juzgada emanada de las resoluciones judiciales. Con ello ha recortado tal vez el rasgo más esencial que puede tener la impartición de justicia en una sociedad democrática: expedir decisiones que se prestigian con su inmutabilidad y reconocimiento social, que no otra cosa es la cosa juzgada. El TC reclama para sí esta autoridad, lamentablemente con escasa solidez e inexistente información.

6. *TC y tutela procesal efectiva.* La sentencia de marras ha afectado el derecho a una tutela procesal efectiva, es decir, el derecho fundamental de toda persona a participar en un proceso recibiendo un conjunto de garantías mínimas que le aseguren una decisión razonable. En el presente caso, decenas de personas que habían concluido exitosamente sus procesos hace años, tal vez aún no se hayan enterado que las sentencias que les fueron favorables han sido anuladas. ¿Esto puede ocurrir en un Estado de Derecho? Inclusive si quienes ganaron los procesos lo hubieran hecho de manera inicua, ¿merecían tal sanción? Si esa fuera la razón de la anulación, estemos claros que el TC ha perdido el derecho de calificar de maquiavélico a nadie.

7. *La «función pedagógica» del TC.* El TC ha insinuado la existencia de una «jerarquía» respecto del PJ. Pero sólo es una insinuación, reducida al ámbito de los procesos constitucionales y por razones de revisión impugnatoria. En todo caso, no sólo no hay jerarquía, no se debe olvidar que la revisión por otro grado es una opción técnica mayoritariamente reconocida pero no una consecuencia de un principio jerárquico inexorable.

Por esa razón, si el TC va a anular procesos contenidos en expedientes que jamás los tuvo en despacho para revisarlos, es mejor que se olvide de ejercer, directa o indirectamente, algún tipo de función pedagógica. Los resultados serían perniciosos.

8. *Zagrebelky citado pero contradicho.* Contraviniendo la enseñanza de uno de los juristas que cita, Zagrebelky, la sentencia ha resuelto un proceso competencial con un decisorio abstracto, que no otra cosa es una nulidad genérica originada en una pretensión abstracta, como ya se anotó. Con ello, ha resuelto de manera exactamente contraria a la enseñanza puntual del juez de la Corte Constitucional italiana en materia de conflictos de competencia.

9. *El Derecho Constitucional como ciencia exacta.* No hay manera de encontrar concesiones en la sentencia respecto de la invulnerabilidad de sus interpretaciones y la rigidez vinculante de sus precedentes, de hecho, se sustenta en material pétreo. Ahora bien, salvo algunos aspectos del Derecho Tributario y tal vez el irrefragable mandato fáctico que surge de una prueba de ADN, no deben ser muchos los casos en los que el Derecho no se presenta discursivo, es decir, abierto a criterios, tendencias, opciones.

El caso del Derecho Constitucional no es precisamente la excepción. A poco de avanzar en sus conceptos básicos, se descubre que un considerable número de

sus categorías e instituciones están conformadas por aquello que la doctrina alemana empezó a llamar «conceptos jurídicos indeterminados», es decir, categorías flexibles cuyo empleo va a depender del contexto histórico (político, social y económico) que rodea al caso y por cierto del ámbito axiológico de aquello que se discute. Conceptos como «interés general», «orden público», «contenido esencial» o «plazo razonable» serán lo que deban de ser en función de los criterios antes descritos y respecto del caso concreto.

Entonces, en una disciplina tan importante como el Derecho Constitucional, en donde se acrecientan las exigencias al especialista (jurista o juez constitucional) de ser particularmente respetuoso de las opciones planteadas, surgidas de la irrefrenable dinámica social, resulta singularmente preocupante que la sentencia en comentario haya optado por una concepción rígida, casi autoritaria respecto de las decisiones que ya ha tomado. En todos aquellos casos en los que la duda metódica desaparece, la ciencia pierde fulgor, se vuelve un instrumento anacrónico e inútil. Y claro, cuando la discusión creadora es reemplazada por el autoritarismo, el Derecho se reduce a un manual de instrucciones⁶⁶.

10. *El TC y la Teoría del Proceso.* Aún cuando sólo sea un tema académico, sorprende como la sentencia tiene una concepción minusválida del proceso, entendiéndolo como un instrumento limitativo y frustrante para la eficacia de los derechos constitucionales. Sin embargo, como sólo hace referencia a las consecuencias pero no a cómo se producen éstas, por lo menos hasta el momento es posible afirmar que, en materia procesal, la sentencia ha imaginado un monstruo para luego atacarlo, y sin duda lo hecho con éxito. Sin embargo, la incertidumbre sigue latente, o los jueces del TC conocen de una teoría procesal insidiosa —que nadie más conoce— que limita su capacidad de juzgar o, podría ser, que no tengan siquiera un conocimiento elemental de aquello que están criticando.

11. *El TC y el ejercicio de su poder.* Toda persona o institución que ejerce poder, más aún si el origen de su potestad no fueron las urnas, tiene sobre sí una severa responsabilidad, debe legitimarse permanentemente con sus actos. Este es un dogma que acompaña a casi toda la función pública (los jueces, ministros, los miembros de tribunales administrativos, los directivos de los organismos reguladores, entre otros). El cumplimiento de dicha tarea es complicada porque en ese ejercicio cotidiano del poder se puede producir un desgaste o sobre exposición, con lo cual se corre el riesgo de obtener exactamente el resultado contrario.

Del TC la ciudadanía ha recibido más de lo que esperaba en varios aspectos, esto es innegable. Aún más, desde cualquier palestra hay que reconocer su tarea y procurar que la continúe. Sin embargo, todo lo positivo se puede perder si empieza

66 En la sentencia N.º T-1165/01, la Corte Constitucional colombiana dijo que los derechos constitucionales fundamentales son conceptos jurídicos indeterminados y que, por tanto, su calificación es un asunto de tiempo, modo y lugar. Eso lo dijo antes de reconocer que el derecho a una vivienda digna tiene tal calidad.

a incurrir en excesos. Anular sentencias judiciales sobre las cuales ha recaído la autoridad de la cosa juzgada es un error gravísimo cuyas consecuencias sólo han pasado desapercibidas debido a la enorme desconfianza social que soporta el Poder Judicial a nivel nacional. Se ha violado la independencia judicial. Bien podemos no darle resonancia a lo ocurrido, pero cuidado, no nos sorprendamos si por esta vía de deslegitimación de nuestras instituciones esenciales, desaparece lo que aun tenemos de Estado de Derecho⁶⁷.

12. *El futuro del Poder Judicial*. La sentencia comentada le impone a la Judicatura en general, desde el Presidente del Poder Judicial al Juez de Paz del más alejado villorrio del país, una enorme responsabilidad. Esta consiste en que debe reconocerse y sentirse *Juez* más allá de las afectaciones que una sentencia tan insólita como la comentada puede producir en su independencia funcional y también en su autoestima.

La sentencia comentada es *increíble*, uso el adjetivo sin ningún acento emotivo o fuera de contexto, sólo quiero decir que es *no creíble*, por tanto, no debe ser seguida, bajo cargo de destruir el sistema judicial. La potestad de juzgar como proceso cognitivo y volitivo es aquel acto en donde se mezcla el saber, la experiencia, la creatividad y la prudencia de un ser humano, a niveles pocas veces exigidos para otras actividades del espíritu. Siendo así, ésta no puede ser controlada desde fuera de manera impositiva.

No se puede impartir justicia teniendo un cancerbero que actúa como una máquina demoníaca, guillotinando y tirando al vacío a quien lo contradice. Está en juego la posibilidad de juzgar en libertad, ni más ni menos⁶⁸. Si el Poder Judicial

67 «El estado de derecho significa dar un paso adelante y edificar la relación de poder ya no exclusivamente sobre la base del miedo o de la fuerza sino de la confianza y de la aceptación. La relación de poder se configura ahora en una dimensión horizontal y deja atrás el sesgo vertical y jerárquico que la había caracterizado hasta ese momento. Para el estado de derecho la forma es el medio producido por la voluntad popular con el fin de fijarles límites al ejercicio del poder y evitar su ejercicio arbitrario. La forma tiene aquí, entonces, un *valor* y una *dirección* (el énfasis es nuestro). Un *valor*: luchar contra la arbitrariedad; una *dirección*: ya no es el gobernante de turno el que hace la ley sobre la marcha y de acuerdo con su propia conveniencia o utilidad. Es la ley propuesta por el pueblo la que determina las fronteras dentro de las cuales el gobernante ejercerá su poder. La ley no surge por inspiración divina o por obra del gobernante de turno para salvaguardar sus propios intereses. El gobernante debe ceñirse a la ley y está sujeto a una triple limitación. Una limitación temporal: no podrá ejercer su poder de manera indefinida en el tiempo. Una limitación estructural: el ejercicio del poder habrá de ser realizado conforme al principio de separación de poderes y evitar así su ejercicio concentrado y ajeno a los controles. Una limitación material: el poder tendrá que ejercerse dentro de las fronteras que fijan los derechos de los individuos.» MONTOYA, Ana María. Ob. cit., p. 58.

68 «Precisamente en el bando de los Juzgados y Tribunales ordinarios, creo que deben liberarse del *complejo de sometimiento*, sin considerarse asfixiados ni capitidisminuidos,

cede a esta imposición, que es también una afrenta, habrá perdido no sólo la posibilidad de su reivindicación histórica con la sociedad, sino la opción de seguirse llamando Poder.

13. *El futuro del TC y del Poder Judicial.* Finalmente, si los congresistas siguen descendiendo con sus permanentes agravios a la ética parlamentaria y social, como viene ocurriendo, y si, por su lado, el Ejecutivo se sigue enredando en actividades dudosas, muy pronto, fieles a nuestro sino —titulares históricos de una ciudadanía éticamente adelgazada— confirmaremos en los hechos el fracaso de nuestro sistema democrático, endeble y deslegitimado.

Entonces, dentro de unos años, millones de votos cargados de frustración y desprecio elegirán un gobierno «democrático autoritario» que, preñado de populismo, desmontará las conquistas jurídicas y sociales y, por supuesto, copará el Tribunal Constitucional. Y algún oscuro día, más temprano que tarde, ese TC «renovado» recibirá una demanda competencial en donde se pretenda la nulidad de todas las sentencias firmes expedidas por el sistema anticorrupción. Y así, de nuevo instalados en el reino del absurdo, no habrá razón para que esa demanda no sea acogida.

Lo terrible, entonces, es que los jueces del TC que expidieron la sentencia han creído que sus sucesores —la elección es por cinco años— van a tener, por siempre, el mismo origen democrático y en consecuencia la misma independencia e identidad con los principios y valores constitucionales que ellos tuvieron. Sea exceso de ingenuidad sea ilusión fáustica, la realidad nos enseña que nada bueno es para siempre, mucho menos en nuestra política criolla, muy sensible a la influencia de demagogos y otras fruslerías.

Estar en desacuerdo con algunas de las decisiones del TC no resta un ápice la importancia y mérito del descubrimiento de la sentencia constitucional como agente de cambio en sede nacional. Sólo esperamos que se advierta que las sentencias del PJ no poseen autoridad ni valor inferior.

sino señores del proceso, en el sentido de plenamente responsables de sus actos, sin desinteresarse de la labor, que le es privativa, antes y después de la creación de este Tribunal, en cuanto obligados a encararse con las peculiaridades del caso concreto, entregándose fervorosamente a la búsqueda de la justicia material, que, en un proceso de inducción, tendrá la adecuada respuesta en el Ordenamiento jurídico aplicable, mucho más rico en soluciones que lo que muchos piensan. Ningún juez debe pensar que con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya todo está resuelto de antemano, ni con la del Supremo tampoco, considerando que el Derecho ya viene mascado y digerido, reduciendo su papel a simples piezas de transmisión». MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, Ángel. Ob. cit., p. 217.

Supremacía de la Constitución y de las interpretaciones del Tribunal Constitucional: límites y perspectivas a propósito de la sentencia recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo (Mincetur) contra el Poder Judicial

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA*

SUMARIO: I. La guerra de las cortes. II. El vértice del sistema judicial en sede nacional y el carácter erga omnes de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad. III. Fortalecimiento o debilitamiento de la cosa juzgada. IV. Rigidez o flexibilidad del stare decisis. V. Aplicación del principio de jerarquía sobre el test de competencia para la resolución del proceso competencial. VI. A manera de conclusión.

I. LA GUERRA DE LAS CORTES

Ríos de tinta —con torrentes de bilis y posibles gotas de sangre— han corrido ya a propósito de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 12 de febrero del presente año. Ésta recayó en el expediente N.º 006-2006-PC/TC (en adelante aludida en este artículo simplemente como la Sentencia Competencial) incoado por el Poder Ejecutivo (a través del Ministerio de Comercio

* Fundador del *Estudio Santistevan de Noriega - Abogados*. Doctor en Derecho y Abogado por la PUCP, con estudios de post grado de Derecho Comparado en New York University y en Wisconsin University. Es miembro de la Comisión Consultiva del Poder Judicial y asesor de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Ha sido Defensor del Pueblo (1996 - 2000). Docente ordinario de la PUCP. Profesor de la AMAG en materia constitucional, de la Maestría con Mención en Política Jurisdiccional de la PUCP en Sistemas Judiciales Comparados, de la Maestría en Derecho Empresarial de la PUCP en Contratación con el Estado, de Regulación de Servicios Públicos e Infraestructuras de la Universidad de Lima y de Protección Nacional e Internacional a la Inversión Extranjera en la UPC.

Exterior y Turismo, Mincetur) contra el Poder Judicial. El origen de la controversia: que las sentencias dictadas por distintos jueces y tribunales de la República, en relación con las actividades de casinos de juegos y máquinas tragamonedas, afectaban las competencias del Poder Ejecutivo en la supervisión y control de estas modalidades de juego de azar que han proliferado en nuestro país.

En concreto, el Poder Ejecutivo afirmó en su demanda que un conjunto de decisiones emanadas del Poder Judicial venían limitándole el ejercicio de las competencias que la Constitución le confiere para cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes¹, cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales² y cumplir con las funciones³ y responsabilidades⁴ que le compete al Consejo de Ministros y a los ministros en particular conforme a lo dispuesto por la Carta Fundamental.

Se trató de una demanda competencial distinta a las que se han presentado en nuestro país. Ésta no planteaba un conflicto constitucional *positivo* en el que el Ejecutivo y el Judicial se disputan entre sí el ejercicio de una competencia o atribución constitucional; ni uno *negativo* en el que demandante y demandado se estuviesen negando a asumir una competencia o atribución establecida por la Carta. Se trataba más bien de un *conflicto por omisión del cumplimiento de acto obligatorio*⁵, en el

1 Constitución Política, artículo 118:

«Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales;

(...»

2 Constitución Política, artículo 118:

«Corresponde al Presidente de la República:

(...)

9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales;

(...»

3 Constitución Política, artículo 121:

«Los ministros, reunidos, forman el Consejo de ministros. La ley determina su organización y funciones.

(...»

4 Constitución Política, artículo 128:

«Los Ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan.

Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien de inmediato.»

5 Vid. fundamento N.º 18 y siguientes de la Sentencia del Pleno en los que se citan los trabajos de: TRUJILLO RINCÓN, María. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*.

que el tema en discusión terminó siendo si los actos de los jueces y tribunales del Poder Judicial menoscababan o no las competencias y atribuciones del Ejecutivo con relación a la función de hacer cumplir las leyes que regulan las actividades de los casinos de juego y máquinas tragamonedas para poder someter a esta actividad —sin detrimento alguno— a las funciones de supervisión y control estrictos que ellas requieren y ejercer, por parte de la Administración del Estado (a través del Mincetur) que está en manos del Ejecutivo, las atribuciones de policía correspondiente.

El Colegiado constitucional calificó el conflicto competencial planteado por el Poder Ejecutivo como un *conflicto constitucional por menoscabo*, en el que lo que estaba en cuestión no era si le corresponden o no las competencias y atribuciones que venían ejerciendo los jueces del Poder Judicial en relación a las actividades de los casinos de juego y máquinas tragamonedas, sino al modo como «sustancial y procesalmente» aquellas se ejercían⁶. Por ello, el petitorio del Poder Ejecutivo no se limitaba a pretender una simple declaración del modo y forma en que podría el Poder Judicial menoscabar las competencias y atribuciones que la Constitución le asigna al Ejecutivo, sino que iba más lejos. Como corresponde en un proceso competencial, el petitorio aspiraba —como consecuencia de tal afectación o menoscabo— a que: (i) se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar *inaplicables* normas legales que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas cuya constitucionalidad ha sido previamente ratificada por el Tribunal Constitucional a través de precedentes vinculantes de carácter normativo de los cuales no pueden libremente apartarse los jueces ni las autoridades de los poderes públicos en general; y (ii) se declare la nulidad de las resoluciones dictadas contraviniendo los pronunciamientos de constitucionalidad previamente dictados por el Tribunal Constitucional con carácter vinculante y efecto normativo.

Como resultado de la decisión adoptada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación a estos dos asuntos controvertidos últimamente descritos se ha producido un capítulo más de las guerras de las cortes que ejemplifican el quehacer jurisdiccional en el mundo moderno. ¿Quién dice la última palabra en materia de justicia? ¿Quién, en sede nacional, tiene la voz suprema en materia constitucional, al menos antes de que una controversia se someta a las instancias de protección internacional o supranacional? ¿Quién declara en definitiva la cosa juzgada y alguna vez ésta se convierte en sacrosanta?

Éstas y otras preguntas surgen válidamente en los comentarios acalorados a que ha dado lugar la Sentencia Competencial, todas ellas válidas como crítica,

Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1995; GÓMEZ MONTORO, Ángel. *El conflicto entre los órganos constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; y ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bologna. Nuova Edizione, 1988

6 Vid. fundamentos N.º 22, 23, 26 y 27 de la Sentencia Competencial.

sobre todo si tenemos en cuenta que en el mundo moderno el sistema jurisdiccional nacional se manifiesta disperso⁷ y se ubica, además, interrelacionado con otros de carácter internacional o supranacional que están reconocidos por la Constitución⁸.

No es la primera vez, ni será la última, en que se manifiesta el fenómeno de la llamada guerra de las cortes. Se ha presentado con igual intensidad —antes y después de la Sentencia Competencial— entre el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional a propósito de los amparos electorales y del proceso de inconstitucionalidad planteado en contra de la modificación, aprobada por el Congreso de la República, del artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional que pretendió excluir totalmente del ámbito del amparo a las

7 El Tribunal Constitucional ha reconocido que dentro del marco del artículo 239.1 de la Constitución que garantiza el principio de unidad de la jurisdicción, se pueden reconocer distintas manifestaciones de la jurisdicción en sede nacional, todas las cuales se ubican dentro del orden público constitucional. Esto último supone que si bien se admite la dispersión por especialidad o por ejercicio de la voluntad de las partes cuando la ley así lo permite, ninguna podría ubicarse fuera del marco constitucional y del control que ejerce en sede nacional el Tribunal Constitucional; y en sede internacional los tribunales que el Perú haya admitido por tratado, en especial en materia de derechos humanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, ha determinado que existe:

(i) la jurisdicción constitucional, en manos del Tribunal Constitucional que ejerce el control de la Constitución y resuelve en instancia final los procesos constitucionales orgánicos y de la libertad, estos últimos cuando menos en sede nacional, de conformidad con el artículo 201 de la Carta;

(ii) la jurisdicción común que ejerce el Poder Judicial de conformidad con los artículos 138 y siguientes de la Constitución;

(iii) la jurisdicción electoral que ejerce el Jurado Nacional de Elecciones en virtud de lo dispuesto por los artículos 174.8 y 181 de la Constitución;

(iv) la jurisdicción consuetudinaria que ejercen las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, en el ámbito de su territorio;

(v) la jurisdicción arbitral, sometida al control posterior de legalidad, que se ejerce al amparo de lo dispuesto por los apartados 139.1 y 139.2 de la Constitución;

(vi) la jurisdicción militar referida exclusivamente al control disciplinario y a los delitos de función dentro del marco constitucional y bajo el control del Poder Judicial, reconocida por los artículos 139.1 y 173 de la Constitución;

(vii) la jurisdicción internacional o supranacional prevista en el artículo 205 de la Constitución;

8 Constitución Política, artículo 205

«Agotada la jurisdicción interna, quien se considera 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.»

decisiones del JNE⁹. Se ha manifestado muchas veces entre los tribunales militares y los comunes y recientemente entre el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de la ejecución de sentencias dictadas por esta última relativas al caso «La Cantuta».¹⁰

Y será inevitable que se manifieste de otras formas pues en un régimen social y democrático de derecho, la judicialización de controversias de todo orden es garantía de acceso a la justicia. A ello se une que, la jerarquía del orden constitucional y de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, obligan a que se busque en el Tribunal Constitucional, o en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, la tutela urgente y final de los derechos que pueden ser conculcados de muchas maneras por actos arbitrarios cometidos en el ámbito privado, en el marco administrativo o inclusive en sede jurisdiccional.

II. EL VÉRTICE DEL SISTEMA JUDICIAL EN SEDE NACIONAL Y EL CARÁCTER *ERGA OMNES* DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS DE CONTROL ABSTRACTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

Con el surgimiento del constitucionalismo democrático, nuestras sociedades han ingresado en una etapa caracterizada por un mayor grado de judicialización de todos los ámbitos de la vida humana: Se ha advertido que en los países democráticos se llega a judicializar la política en la misma medida en que inevitablemente se politiza la justicia. En este contexto, al haberse adoptado en un sistema que García Belaunde¹¹ ha llamado *dual* pues admite (i) el *judicial review*, que en

9 Vid. Sentencia recaída en el Expediente N.º 0007-2007-PI/TC de fecha 19 de junio de 2007.

10 Sentencia de la CIDH de fecha 29 de noviembre de 2007. Esta dispone:

«(...) que el Estado Peruano debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción Penal Común, así como activar en su caso, lo que sea necesario, para determinar las correspondientes responsabilidades de todos los autores de los hechos cometidos (...) y, en su caso sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, el Estado debe continuar adoptando todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, y proseguir impulsando las solicitudes de extradición que correspondan, bajos las normas internas o de derecho internacional pertinente (...)»

Se debe tener como referencia la Resolución de la Sala Revisora del CSJM de 04 de mayo de 2007, el Oficio N.º 474-2007-JUS/DM de 16 de abril de 2007 y el Proceso Penal N.º 153-V-93 y 227-V-94-A

11 Vid. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2005, pp. 517-586, quien cita expresamente a García Belaunde como la persona que acuñó la expresión «modelo dual» para el control de la constitucionalidad en el Perú.

manos del Poder Judicial da lugar al control difuso de la constitucionalidad de las leyes y (ii) el control concentrado de la constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional; es legítimo preguntarse: ¿Dónde se encuentra el vértice, el punto supremo del sistema jurisdiccional del Perú? ¿Viene modificándose la supremacía jurisprudencial —que tradicionalmente le ha correspondido a la Corte Suprema de la República por nombre y por función dentro de nuestro sistema de justicia— para que ese lugar sea reemplazado en asuntos constitucionales por el Poder Judicial?

La reacción general de los jueces del Poder Judicial ha sido de rechazo al papel preponderante que le corresponde al Tribunal Constitucional en temas jurisdiccionales constitucionales. Institucionalmente, el Poder Judicial y su Presidente se han rebelado contra la supremacía de las sentencias de constitucionalidad y competenciales, por encima de las que emite la Corte Suprema de la República. También lo han hecho distinguidos representantes de la doctrina nacional¹². Más aún, cuando el Tribunal Constitucional ha dejado claramente advertido que en ejercicio de su función de contralor constitucional¹³ existe una relación de subordinación de todos los poderes públicos —incluidos los jueces del Poder Judicial— a los pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional¹⁴. La reac-

12 Vid. ARIANO DEHO, Eugenia. «Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los freneses de poder del Tribunal Constitucional». En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N.º 96, Gaceta Jurídica, Lima, septiembre 2006; y MONROY GALVEZ, Juan. «Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional» (inédito)

13 A nuestro juicio el papel de contralor constitucional está claramente enraizado en el artículo 204 de la Constitución. Por eso, en esta oportunidad, aludimos a este rol sin entrar en el debate del papel de supremo intérprete de la Constitución que sin duda le es inherente al Tribunal Constitucional en un sistema de control concentrado de la constitucionalidad, como el que se instauró en el Perú desde la Constitución modélica de 1979 y se perfeccionó con el texto vigente desde 1993

14 Vid. LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Palestra, Lima, 2007; y LANDA ARROYO, César. *Constitución y Fuentes del derecho*. Palestra, Lima, 2006, especialmente el Capítulo VI sobre Tribunal Constitucional y Poder Judicial, pp. 313-374; así como los fundamentos N.º 36 a 54 de la Sentencia Competencial. En particular el fundamento N.º 51 señala:

«No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre poderes del Estado y órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto aquél, por el hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial»

ción de los estamentos judiciales ha llegado a calificar tal predicamento como soberbio e inadmisibles¹⁵.

No hay sin embargo manera de estar en desacuerdo con lo predicado por la Sentencia Competencial en relación al carácter *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional emanadas de procesos orgánicos como los de inconstitucionalidad o competenciales, como es el caso que se comenta. Bien lo ha dicho el Colegiado al destacar la triple identidad de las sentencias de inconstitucionalidad —triple condición que le es aplicable a la Sentencia recaída en el proceso competencial que se comenta en la que, como veremos más adelante, se resuelve sobre la base de criterios de inconstitucionalidad—: *fuerza de ley, cosa juzgada y carácter vinculante en relación a todos los poderes públicos*¹⁶. Ello no constituye una simple elaboración doctrinaria realizada por el Tribunal, sino una clara consecuencia de lo dispuesto en los artículos 204 de la Constitución¹⁷ concordado con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional¹⁸ que enmarcan la labor contralora de la constitucionalidad que caracteriza al Colegiado Constitucional.

A mayor abundamiento, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no deja dudas en su segundo párrafo¹⁹ que los jueces están prohibidos de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de una ley si ello ha sido analizado previamente por el Tribunal Constitucional y éste ha confirmado la constitucionalidad de la norma en el proceso orgánico correspondiente²⁰. ¿Por qué

15 Vid. Debate sobre amparo a casinos y tragamonedas «¿El Tribunal Constitucional desconoce la autonomía e independencia del Poder Judicial?» En: *Legal Express*. N.º 76, Gaceta Jurídica, abril de 2007.

16 Vid. fundamento 39 de la Sentencia Competencial

17 Constitución Política, artículo 204:

«(...) la sentencia del tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación dicha norma queda sin efecto.»

18 Código Procesal Constitucional, artículo 82:

«Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) 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»

19 Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VI:

«(...)

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad (...)

20 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «El precedente constitucional: sus alcances y ventajas y los riesgos de no respetarlo o de utilizarlo en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana». En: *Estudios Constitucionales*. Año 4, N.º 1, Universidad de Talca, 2006, texto disponible en : http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_3.pdf

tanto rigor, podrá alguien cuestionarse? Pues precisamente para no dejar dudas sobre el papel contralor de la constitucionalidad de las leyes que le corresponde al Tribunal Constitucional —tal y como ha sido concebido en la Constitución— y para evitar que el cuestionamiento de la constitucionalidad confirmada por el Supremo Intérprete se multiplique sin límites perdiendo eficacia, desdibujando la precictibilidad y minando la seguridad jurídica en materia constitucional.

En el mismo sentido, la interpretación de la Constitución emanada del Tribunal tiene carácter obligatorio para los jueces pues el mencionado papel contralor que le corresponde al Colegiado constitucional, le da preeminencia intrínseca sobre otras interpretaciones a la luz de lo dispuesto por la Norma Fundamental y lo establecido en el último párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional²¹ referido al valor de la doctrina jurisprudencial.

Ocurre que en un Estado constitucional y democrático de Derecho tenemos que revisar el sistema de fuentes del derecho para incorporar como fuente formal a las sentencias emanadas de los procesos de inconstitucionalidad. Éstas tienen suficiente poder jurídico para dejar sin vigencia a una norma con rango de ley, lo que suele describirse como expresión de legislación negativa o del papel que cumple el Tribunal Constitucional como legislador negativo. No obstante, el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional supera ampliamente este papel de simple legislador negativo que, si bien es verdad lo cumple el Tribunal, no es su único rol ni es suficiente para describir el papel de máxima jurisdicción constitucional que le compete²². Por ello, se afirma que la sentencias de inconstitucionalidad —y no tienen por qué ser distintas las dictadas para poner punto final a un proceso competencial como el incoado por el Ejecutivo a través del Mincetur, que se resuelve sobre la base de criterios de inconstitucionalidad— no solamente tienen fuerza de ley obligatoria para todos, sino que constituyen cosa juzgada en materia constitucional y vinculan a todos los poderes públicos incluido el Poder Judicial.

Esta superioridad que se opone al poder legiferante y subordina a todos los poderes públicos, precisamente para hacer prevalecer la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, ¿es denigrante para el Poder Judicial? ¿Limita la independencia de los jueces y la autonomía institucio-

21 Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, 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.»

22 Constitución Política, artículo 201:

«El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.

(...)

nal del poder que los representa? No lo creemos. En primer lugar, porque no hay otra manera de batallar jurídicamente por la jerarquía máxima e indiscutida de la Ley Suprema y los derechos fundamentales que estableciendo con claridad el papel contralor de la constitucionalidad que le corresponde al Tribunal. Pero más allá de ello, es preciso distinguir que tal supremacía abarca únicamente el campo constitucional, no supone que el Tribunal va a inmiscuirse en asuntos que no sean de su estricta competencia ni va a sustituir el criterio de los jueces en los asuntos especializados que se ventilan y deciden en instancia final en el seno del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional, en los procesos orgánicos en los que actúa como instancia única (inconstitucionalidad y competencias) y en los procesos de la libertad en los que interviene como instancia final de fallo (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento) solamente se pronuncia sobre temas constitucionales. Le está vedado ingresar a los temas de fondo sobre la materia civil, penal, comercial, de familia, laboral o la que corresponde a la *litis* que el juez común conoce, por lo que la subordinación constitucional de éste a las sentencias sobre constitucionalidad emitidas por el Tribunal no deben interpretarse como un socavamiento de la función del juez sino como un indispensable resguardo de la coherencia y predictibilidad de la materia constitucional.

Lo que aún parece difícil de entender en un país con escasa tradición de constitucionalidad como el Perú, es el alcance que tiene la Constitución como norma jurídica y como norma suprema que admite indiscutidamente el papel contralor que debe ejercer el Tribunal Constitucional. La Constitución no es solamente el texto adoptado como expresión de la soberanía popular, en ejercicio del poder constituyente, sino que tiene ampliaciones que la propia Constitución concibe y que el Tribunal Constitucional integra por vía de su labor interpretativa en cumplimiento de su papel pacificador.

Allí está, en materia de derechos fundamentales, el catálogo de derechos consagrados en el artículo 2 de la Carta Fundamental, al que se le añade —por virtud de la cláusula de derechos innominados contenida en el artículo 3— todos aquellos que sena compatibles con la dignidad de la persona humana, el Estado social y democrático de derecho y la forma republicana de gobierno²³. Allí está la Disposición Transitoria y Final de la Constitución que obliga a interpretar los derechos y libertades consagrados en la Carta a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados sobre la materia ratificados por el Perú²⁴. Allí

23 Constitución Política, artículo 3:

«La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.»

24 Constitución Política, Cuarta Disposición Final y Transitoria:

está el «bloque de constitucionalidad» o normas intermedias que teniendo formalmente el rango de ley pueden ser materialmente interpuestas entre las normas legales ordinarias y la Constitución para ser utilizadas como parámetros de constitucionalidad en los procesos en los que ello tiene que dilucidarse²⁵. Allí está precisamente la función de *integración y pacificación* que le compete al contralor constitucional para interpretar los alcances de la *Norma Normarum*, definir sus contornos, ratificar las dudas sobre la constitucionalidad de las normas y expulsar del orden jurídico las que resulten espurias por no corresponder a los parámetros constitucionales establecidos, analizados éstos en función de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y los valores que la Carta necesariamente incorpora.

Es la propia naturaleza principista de las normas constitucionales, especialmente en cuanto consagran derechos fundamentales, la que nos pone frente a normas de textura abierta, a mandatos de maximización, que exigen el ejercicio de la ponderación propia de la interpretación constitucional que demanda rigor y legitimidad autorizada para que se cumpla la función contralora del Tribunal Constitucional²⁶. Y es esta especialidad la que subordina a todos los poderes públicos a mantener la interpretación del Tribunal emanada de los procesos orgánicos de inconstitucionalidad y competenciales pues, de lo contrario, se estaría propiciando lo que el Colegiado Constitucional ha llamado «la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad»²⁷. En consecuencia, si bien hay subordinación del Poder Judicial y de todos los poderes y autoridades del Estado, e incluso de los particulares, a lo proclamado como constitucional por el Tribunal, no hay una inferioridad de condiciones con respecto a otros campos o áreas del quehacer jurídico del país.

Más allá de susceptibilidades —propia a nuestro juicio de este aprender a caminar por la senda de la constitucionalidad legitimada en la activa interpretación de la Constitución— ¿acaso no podría decirse que el Poder Legislativo —que

«Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.»

25 Vid. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como problema». En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III. Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 2661-2692; MESÍA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 828-833; CARPIO MARCOS, Edgar. «El bloque de constitucionalidad». En: *Revista de Derecho*. Vol. 5, 2004, Universidad de Piura, y la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC (acumulados) del proceso de inconstitucionalidad de la hoja de coca presentada por el Presidente del Consejo de Ministros.

26 Vid. FIX ZAMUDIO, Héctor. «Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional». En: FERRER MAC-GREGOR (Coordinador) Ob. cit., pp. 2801-2820

27 Vid. fundamento N.º 43 de la Sentencia Competencial.

es precisamente de donde surgen las leyes en un régimen democrático de derecho— no está en situación de inferioridad con respecto al Tribunal Constitucional cada vez que éste declara la inconstitucionalidad de una ley o inclusive de otras normas con rango de ley sobre las que le corresponde el control parlamentario de la constitucionalidad?

¿Podría el Congreso hacer caso omiso de tal declaratoria de inconstitucionalidad para volver a dictar la misma ley que fue expulsada del orden jurídico por el Tribunal? Sería simplemente absurdo pues por las mismas razones el Tribunal estaría en la obligación de volver a pronunciarse sobre la inconstitucional y la nueva ley del Congreso dejaría de tener efectos a partir de la publicación de la segunda sentencia de inconstitucionalidad que dicte el contralor de la constitución. Pero ante esta situación de evidente inferioridad del Congreso en materia exclusivamente de inconstitucionalidad con respecto al Tribunal Constitucional, ¿ha de sentirse ofendido el Legislativo?

¿Acaso el propio Tribunal Constitucional, al igual que la Corte Suprema de la República, no se encuentra subordinado frente a sentencias que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sede internacional, gracias a la posibilidad de recurrir a ella —habiéndose agotado los recursos internos y el tránsito que corresponde ante la Comisión Interamericana— conforme lo permite el artículo 205 de la propia Constitución vigente? ¿Se sentirían menospreciados los magistrados constitucionales por tener que admitir una interpretación sobre derechos humanos que no se compadece con lo decidido previamente por ellos?²⁸

En consecuencia debemos comenzar a entender que, en sede nacional, la Constitución es mucho más de lo que el texto vigente dice. La Constitución es también lo que el Tribunal Constitucional interpreta —especializada y legitimadamente— que son sus alcances y límites y lo hace de manera legitimada pues, con Häberle tendríamos que admitir que la interpretación constitucional permite que los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública contribuyen a conformar la interpretación constitucional²⁹.

28 Vid. Sentencia recaída en el Expediente N.º 03361-2004-AA/TC (Evaluación y ratificación de magistrados). Overruling retrospectivo. Caso Álvarez Guillén).

29 Vid. HÄBERLE, Peter. «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas». En: FERRER MAC-GREGOR (Coordinador) Ob. cit., pp. 2733-2750. «(...) un examen realista del surgimiento de la interpretación constitucional puede necesitar un concepto más amplio de interpretación: los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública, son 'fuerzas productivas de la interpretación', es decir, intérpretes constitucionales en sentido amplio. Actúan al menos como 'interpretes previos'; la responsabilidad corresponde a la jurisdicción constitucional que interpreta en 'última instancia' (a reserva de la fuerza normativa de los votos minoritarios). Si se quiere, se trata de la democratización de la interpretación constitucional, del mismo modo que la teoría de la interpretación debe apoyarse en la teoría democrática y viceversa. No hay intérpretes de la Constitución sin ciudadanos activos y sin los poderes públicos mencionados»

Ir en contra de esto último es ir en contra de la Constitución y quien lo haga pone en cuestión el sistema de justicia constitucional y el régimen democrático en su conjunto³⁰. ¿Nos acercamos con ello al concepto de *living Constitution* desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina³¹? Probablemente sí y es precisamente ello —mientras tengamos un Tribunal Constitucional respetado y respetable y legitimado por la validez de sus interpretaciones— lo que el naciente constitucionalismo peruano, a nuestro juicio, necesita.

¿Estamos enfrentados a un ejemplo de decisionismo y activismo constitucional contrario a la de la auto restricción (*self restraint*) que puede imperar otras realidades o momentos de la jurisdicción constitucional³²? Probablemente éste sea el mejor ejemplo del activismo decisionista que el Tribunal Constitucional del Perú pueda mostrar y solamente es explicable por el grave deterioro de la legitimidad del Poder Judicial que resulta una herencia que pesa demasiado, en estos momentos, sobre los conductores del Poder Judicial y sobre aquellos jueces que con honestidad demostrada vienen trabajando por mejorar el servicio de impartición de justicia ordinaria y engrandecer la alicaída tarea que esforzadamente cumplen muchos de ellos en beneficio de la sociedad.

III. FORTALECIMIENTO O DEBILITAMIENTO DE LA COSA JUZGADA

Mayor escándalo ha causado la distinción elaborada por la Sentencia Competencial en relación a la cosa juzgada. El Tribunal Constitucional ha aplicado un razonamiento devastador: la única cosa juzgada que tiene valor jurídico es aquella que ha sido lograda con pleno respeto al orden constitucional. En consecuencia, las resoluciones y sentencias judiciales que se han dictado irrespetando los precedentes de observancia obligatoria declarados por el Tribunal y la interpretación de la Constitución conforme a lo proclamado por dicho Colegiado, en virtud de los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional, son nulas y no pueden generar efecto jurídico alguno aunque formalmente, en la justicia ordinaria, hayan quedado ejecutoriadas y alcanzado la inmodificación de la cosa juzgada.

El argumento es constitucionalmente admisible. ¿Puede —a la luz del artículo VI del Código Procesal Constitucional— una resolución o sentencia dictada por un juez o una corte del Poder Judicial desconocer la interpretación emanada del Tribunal Constitucional que integra la doctrina jurisprudencial y ser constitucionalmente válida? ¿Puede —en virtud de lo dispuesto por el Artículo VII del Código Procesal Constitucional— tal sentencia o resolución apartarse de los precedentes

30 Vid. fundamento N.º 52 de la Sentencia Competencial, así como el N.º 62 de la misma.

31 Vid. DÍAZ REVORIO, Javier. *La «Constitución abierta» y su interpretación*. Palestra, Lima, 2004.

32 Vid. LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Ob. cit.

vinculantes con efecto normativo declarados por el Tribunal Constitucional y desplegar plena eficacia sin violar la Constitución que le permite al Tribunal fijar precedentes vinculantes con efecto normativo? La respuesta a las dos preguntas es, a nuestro juicio, negativa pues, de lo contrario, se estaría subvertido el orden constitucional y quedaría la Carta y las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional relegadas al muestrario de trofeos alusivos a la ineficacia jurídica que adornan los rincones de nuestra historia constitucional.

Tal razonamiento³³ resulta, a nuestro juicio, no solamente válido constitucionalmente sino necesario para fijar los marcos de la interpretación de la Constitución y disciplinar a los jueces y cortes del Poder Judicial a efectos de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución según la doctrina jurisprudencial desarrollada y los precedentes vinculantes de carácter normativo establecidos. Evidentemente, pasada la batahola del primer momento, más que un debilitamiento anunciado del valor de la cosa juzgada —indispensable para la seguridad jurídica de cualquier sistema legal— estaríamos *ad portas* de un fortalecimiento de la constitucionalidad de la cosa juzgada, de una mayor preocupación porque cada vez que se vaya a decidir se revisen todas las posibilidades de interpretación constitucional y se cuide por escoger aquella que está contenida en la doctrina jurisprudencial y se apliquen con rigurosidad los precedentes de carácter vinculante.

La apreciación anterior sobre la necesidad de fortalecer el respeto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias en las que el Colegiado ha llevado a cabo su tarea de contralor constitucional no supone que podamos pronunciar sobre la pertinencia de cada una de las nulidades que ha declarado el Tribunal en la Sentencia Competencial. Cabe hacerse eco de algunos cuestionamientos que han sido expresados institucionalmente por el Poder Judicial, particularmente por algunos magistrados, que han puesto de manifiesto las siguientes importantes reservas: (i) se han anulado sentencias, supuestamente premunidas de la validez de la cosa juzgada, cuando las partes que a favor de quienes se dictaron no participaron en el proceso competencial ni han sido escuchadas como lo mandan las reglas elementales del debido proceso; (ii) el Poder Ejecutivo (demandante en el proceso competencial a través del Mincetur y de los procuradores asignados a este Ministerio) no utilizó los argumentos que ha esgrimido en el proceso competencial cada vez que litigó en los procesos de amparo, o de orden similar, que dieron lugar a las resoluciones y sentencias que fueron anuladas por la Sentencia Competencial; (iii) el Poder Ejecutivo (a través del Mincetur y de los procuradores asignados a este Ministerio) no utilizó mecanismos a su alcance para lograr la nulidad de las resoluciones y sentencias que ha anulado la Sentencia Competencial como sería el amparo contra amparo para la defensa de los derechos fundamentales procesales que gradualmente ha venido siendo aceptado por

33 Vid. fundamentos 69, 70 y 71 de la Sentencia Competencial.

el Tribunal Constitucional³⁴; (iv) la nulidad de las sentencias y resoluciones que ha abarcado la Sentencia Competencial no ha respetado ningún plazo, por lo que ha terminado atentando con la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva puesto que se están reviviendo procesos fenecidos y se está lesionando el derecho a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales³⁵.

No es éste el momento para analizar todas y cada una de las resoluciones y sentencias anuladas pues por ahora corresponde analizar el contenido principista de la Sentencia Competencial. Sin embargo, no es la primera vez que en un proceso concentrado de constitucionalidad se han anulado actuaciones judiciales llevadas a cabo en el Poder Judicial sin que las partes en estas últimas hayan intervenido en el proceso constitucional. Así ha ocurrido, por ejemplo, como resultado de la sentencia de inconstitucionalidad parcial de la legislación antiterrorista³⁶ que anuló todos los procesos conocidos por los juzgados militares a pesar de que estaban largamente concluidos y en plena ejecución de sentencias. Se ha dicho frente a ello que, tal eventualidad, sólo es concebible en materia penal, en aplicación del principio *pro homine*, pero que no lo sería en este caso en que empresas y ciudadanos habrían obtenido a su favor tutela de urgencia vía procesos de amparo (haciendo abstracción del respeto o irrespeto a la Constitución con las que éstas se lograron) que se verían revertidas por mandato de la Sentencia Competencial.

Es admisible que en los casos concretos, que sin conocer los expedientes es imposible analizar, haya sentencias y resoluciones declaradas nulas que recobren su validez si es que en efecto respetaron la Constitución y la interpretación que de ella se deriva a través de la doctrina jurisprudencial y, en especial, de los precedentes vinculantes de carácter normativo declarados por el Tribunal Constitucional. Bienvenido sea así. Pero en los casos en que se incumplió con la Carta y con la

34 Vid. SAENZ DÁVALOS, Luis y Edgar CARPIO MARCOS. *Amparo contra amparo*. Ediciones Legales Iberoamericanas EIRL, Lima, 2004; y las Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N.º 3179-2004-AA/TC. (Caso Apolonia Ccollcca), Expediente N.º 7320-2005-AA/TC (Casos buses camión) y Expediente N.º 4245-2006-AA/TC (Caso juegos de casino y máquinas tragamonedas)

35 Código Procesal Constitucional, artículo 4:

«(...)

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, defensa al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad penal.»

36 Vid. Sentencia recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC de fecha 03 de enero de 2003.

interpretación válida de ella no cabría que recuperen su valor pues ello vaciaría de contenido el efecto nulificante de la Sentencia Competencial y volvería a menoscabar las atribuciones que en materia de supervisión y control de las actividades de casinos de juego y máquinas tragamonedas debe ejercer el Poder Ejecutivo a través del Mincetur.

Tal ha sido el impacto de las nulidades resueltas por la Sentencia Competencial que creemos que será necesario que en futuros procesos de inconstitucionalidad o competenciales en los que la declaración de nulidad sea indispensable, corresponderá que el Tribunal Constitucional pondere entre la necesidad de declararla en el marco resolutivo del proceso constitucional orgánico o disponga que, bajo el control de los órganos propios el Poder Judicial, los jueces procedan a declarar en cada caso concreto la nulidad generada por el irrespeto del principio de jerarquía normativa que debe prevalecer en todo acto constitucionalmente válido.

IV. RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD DEL *STARE DECISIS*

El otro problema que se ha suscitado a propósito de tan controvertida sentencia tiene que ver con la rigidez con la que se quiere imponer en nuestro medio constitucional el principio de *stare decisis*, o estése a lo resuelto o la obligatoriedad de respetar los precedentes jurisprudenciales. Por lo pronto, como se ha adelantado, el Código Procesal Constitucional en el Título Preliminar (artículo VII) ha concedido al Colegiado la facultad de determinar discrecionalmente cuándo y en qué medida una sentencia se convierte en precedente vinculante de carácter normativo y cuál de los extremos de ésta adquiere esa calidad³⁷. Además dicho Código, como lo hemos expresado, ha establecido que los criterios de la interpretación conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional constituyen doctrina jurisprudencial a lo que el Tribunal le atribuye igualmente carácter obligatorio.

Ante la falta de tradición por el respeto a la jurisprudencia y el crecimiento exponencial que ésta viene teniendo en nuestro medio —especialmente en materia constitucional, como era de esperar, ante el pleno funcionamiento de la jurisdicción constitucional con la reincorporación, a inicios del Gobierno de Transición, de los magistrados arbitrariamente destituidos por el Congreso de la República en 1997— era previsible y conveniente que el Código Procesal Constitucional hubiese

37 Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VII:

«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 resuelve apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparte del precedente»

legislado en su Título Preliminar tanto sobre la validez de la doctrina jurisprudencial cuando sobre el carácter normativo de los precedentes vinculantes³⁸.

Sin embargo, la rigidez con la que se ha legislado debe ser objeto de cuidadoso análisis³⁹. Al respecto corresponde tomar en cuenta que la obligatoriedad absoluta de no apartarse de los precedentes vinculantes no existe en otros países de la región andina ni del mundo⁴⁰, lo que de por sí debe llevarnos a una seria reflexión sobre el asunto. Asimismo, la amplia discrecionalidad que ha franqueado el Código antes aludido —que deja a exclusivo criterio del Tribunal la fijación del precedente y el extremo de su efecto normativo⁴¹—, unida a la posibilidad de que se investigue a los jueces por el órgano de Control de la Magistratura por apartarse de los precedentes establecidos como vinculantes de carácter normativo, puede llevar a transformar al juez «boca de la ley», tan criticado en la tradición napoleónica, en un juez «boca del precedente vinculante» lo que tampoco sería deseable. Mantener las cosas como están, sin someter la experiencia vivida a un análisis crítico, traería efectos sumamente nocivos para la justicia constitucional. Debe tomarse en cuenta que, por más especializado y legitimado que pueda ser el Tribunal Constitucional, éste no puede prescindir de la labor de los jueces del Poder Judicial que conocen en primera y segunda instancia los procesos de la libertad y constituyen un tamiz indispensable para la realización de la justicia constitucional y el cumplimiento de la función pacificadora y ordenadora que a éste le compete cumplir⁴².

Correspondería, en consecuencia, que se valoren los avances logrados con el sistema de vinculación de precedentes rígido y absoluto, como el actualmente

38 Vid. MARTÍNEZ MORÓN, Alan César. *La Técnica del Precedente en la Justicia Constitucional Peruana*. USMP — Facultad de Derecho y Ciencia Política. Tesis para optar el título de abogado Lima, 2007 (inédito), especialmente los capítulos II y IV sobre la regulación y la problemática del precedente en la justicia constitucional peruana.

39 Vid. ABANTO TORRES, Jaime David. *Precedente vinculante e independencia del juez en la región andina*. PUCP — Escuela de Graduados. Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional. Trabajo presentado como parte del curso Sistemas Judiciales Comparados a cargo del autor de este ensayo. Lima (inédito).

40 Vid. *Ibidem*.

41 Vid. *Ibidem*. El autor presenta un recuento de 32 precedentes vinculantes de carácter normativo fijados por el Tribunal Constitucional hasta junio de 2007. En el marco de la amplitud discrecional del Tribunal Constitucional con respecto a la fijación de precedentes vinculantes de carácter normativo suele citarse como ejemplo el establecido en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 02877-2005-HC/TC (Caso Luis Sánchez Lagomarsino Ramírez) en la que por su propia iniciativa el Colegiado establece reglas sobre el recurso de agravio constitucional o la recaída en el Expediente N.º 00206-2005-AA/TC (Amparo Laboral. Caso Baylón Flores) en el que se restringe el amparo para las reclamaciones laborales que no se refieren al contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido al trabajo.

42 Vid. BACHOFF, Otto. *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid, 1987. Asimismo, fundamento N.º 38 de la Sentencia Competencial.

impuesto, para pensar en términos de cooperación entre la jurisdicción común y la constitucional a efectos de lograr fórmulas que permitan llegar a la vinculación relativa de los precedentes. Esto contribuiría a destacar la labor creativa de los jueces comunes en materia constitucional y podría ser considerado al mismo tiempo en que se planteen fórmulas que introduzcan criterios obligatorios para el establecimiento de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional que modulen la amplia discrecionalidad que existe en la actualidad para su fijación sin eliminarla del todo.

Caben varias posibilidades que deberían ser analizadas en profundidad y que podrían ser objeto de otros trabajos. Basta con enunciar que se pueden articular requisitos y condiciones de obligatorio cumplimiento —sobre la base de la reiteración de criterios utilizados por el Colegiado constitucional para resolver temas trascendentales— que llevarían a que, si éstos se repiten en tres sentencias sobre el mismo tema en el mismo sentido, se habilita el camino para que el Tribunal pueda declarar tales criterios reiterados como precedentes vinculantes.

De la misma manera, la sucesión de razonamientos que se aparten de un precedente vinculante con razones debidamente motivadas por parte del juez o tribunal del Poder Judicial, podría inclusive estar obligado a consultar previamente al Tribunal Constitucional antes de apartarse de los precedentes fijados con anterioridad. Esta consulta abriría el camino al cumplimiento de la labor jurisprudencial en la justicia común con responsabilidad y creatividad en materia constitucional bajo la supervisión del contralor constitucional.

V. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA SOBRE EL TEST DE COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROCESO COMPETENCIAL

Finalmente, ha sido materia de crítica que el Tribunal Constitucional haya resuelto el proceso competencial aplicando el principio de jerarquía de las sentencias del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones dictadas por el Poder Judicial en procesos constitucionales y no es test de competencia⁴³. ¿Existe vicio o reproche jurídico con respecto a ello? No lo existe, a nuestro criterio, si se tiene en cuenta que los procesos constitucionales se rigen por el principio de dirección judicial del proceso, entre otros, consagrados en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴⁴.

43 Vid. fundamento N.º 27 de la Sentencia Competencial.

44 Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo III:

«Los Procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización del proceso.

En efecto, atendiendo en este caso al fin esencial de garantizar la primacía de la Constitución, corresponde que el Tribunal Constitucional asuma el verdadero papel de conductor del proceso de conformidad con el principio de dirección judicial del mismo. En este marco, para el logro del fin indicado, es admisible que el Tribunal adecue la exigencia de las formalidades previstas con el único objeto de lograr el cumplimiento de los fines del proceso que, no es otro que —como se dijo— asegurar la jerarquía de la Constitución por encima de cualquier otra norma o conducta que menoscabe el reparto de competencias y atribuciones por ella establecido.

Es, en consecuencia, perfectamente coherente que dado el carácter especial del proceso competencial —que según se dijo al principio del presente ensayo tiene el carácter de *conflicto de atribuciones por menoscabo*— el razonamiento del Tribunal haya girado en torno al principio de constitucionalidad antes que al test de competencia. Dicha expresión de la labor de adecuación de las exigencias al logro de los fines del proceso forma parte a nuestro juicio del principio de dirección judicial del proceso que debe ser entendido —desde la perspectiva del razonamiento jurídico— en concordancia con el principio *iusa novit curia* que permite, al amparo del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴⁵, la aplicación del derecho que corresponda al proceso (lo que supone el razonamiento que corresponda a los fines del proceso) aunque no haya sido invocado por las partes, como ocurrió en efecto en este caso.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. La Sentencia Competencial que se comenta resulta ser una de las más debatidas desde que ha venido operando, bajo el diseño de la Constitución vigente, el Tribunal Constitucional.

- a. Dicho debate se ha originado en la novedad del proceso competencial planteado, en el que se ha discutido el menoscabo de las atribuciones sufridas por el Poder Ejecutivo (en cabeza del Mincetur) en sus funciones de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, especialmente en lo referente a la supervisión y control de los casinos de juego y máquinas tragamonedas, como resultado de resoluciones y sentencias del Poder Judicial dictadas sin respe-

El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

(...)

45 Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VIII

«El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente».

tar la constitucionalidad reiterada de leyes dadas por el Congreso sobre esa materia. Adicionalmente, tal menoscabo se vio profundizado por el apartamiento de los jueces y tribunales del Poder Judicial de los precedentes vinculantes de carácter normativo establecidos expresamente por el Tribunal Constitucional;

- b. Históricamente, la Sentencia Competencial da cuenta de uno de los capítulos más descarnados de la llamada «guerra de las cortes» en la que institucionalmente, las autoridades del Poder Judicial, han manifestado su abierto desacuerdo con el contenido de la sentencia y han expresado su disconformidad con algunos conceptos contenidos en los fundamentos de la Sentencia y con el extremo nulificante de la parte resolutive que anula resoluciones y sentencias dictadas por los jueces del Poder Judicial que, a juicio de los críticos de la Sentencia, habían adquirido la inmutabilidad de la cosa juzgada.

2. Desde el punto de vista del estudio del sistema de justicia en el Perú, y del Derecho Judicial en particular, la Sentencia Competencial pone de manifiesto la ubicación del Tribunal Constitucional en el vértice del sistema en relación con los asuntos constitucionales:

Dicha ubicación se explica por el carácter de contralor constitucional que le asigna al Tribunal el artículo 204 de la Constitución que le permite la expulsión del orden jurídico a las normas que contravengan la supremacía de la Carta y el carácter vinculante frente a todos los poderes públicos que le confiere a las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad el artículo 82 del Código Procesal Constitucional;

- a. En esta dirección, la Sentencia Competencial destaca la naturaleza suprema —y en consecuencia obligatoria— de la interpretación que formula el Tribunal Constitucional sobre el contenido de la Constitución tanto en relación con los derechos fundamentales cuando en relación con la parte orgánica, la distribución de atribuciones y competencias que la Carta haya efectuado y la constitucionalidad con la que los actos adoptados por los poderes públicos hayan sido realizados; y
- b. La sentencia ratifica y extiende el carácter de fuente formal del derecho de las sentencias sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad que el Colegiado constitucional emita y el carácter normativo de éstas, así como de los precedentes vinculantes que establezca.

3. En este contexto, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sustentándose en el carácter abierto de las normas constitucionales, su naturaleza principista y los bienes y valores constitucionalmente protegidos, la Constitución a la que todos estamos obligados a defender de conformidad con su artículo 38 de la Carta⁴⁶ está integrada:

No solamente por el texto que la contiene;

46 Constitución Política, artículo 38:

- a. Sino por los derechos reconocidos conforme a su artículo 3 e interpretados a la luz de la Disposición Transitoria y Final IV;
- b. Así como por el bloque de constitucionalidad que proporciona normas intermedias para establecer los parámetros de constitucionalidad a la luz del artículo 79 del Código Procesal Constitucional; y
- c. La interpretación constitucional contenida en la doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y los precedentes vinculantes de carácter normativo expresamente establecidos por el Tribunal (artículo VII del mencionado Título de dicho Código).

4. En la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia Competencial, éste considera que el irrespeto de la Constitución y de la interpretación suprema que realiza el contralor constitucional por parte de los jueces del Poder Judicial constituye una subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, de donde se deriva que:

- a. Los tribunales y jueces ordinarios —cuya independencia y autonomía no es desconocida— no gozan de autarquía por lo que no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional pues ello significaría desligarse de la Constitución misma que obliga a todos los poderes, instituciones y personas por igual; y
- b. En materia constitucional, el Poder Judicial se encuentra en una relación de subordinación con respecto al Tribunal Constitucional, que ha calificado como una relación de grado inferior de aquél con respecto a éste, dado su carácter de contralor constitucional del que está dotado el Tribunal y que es expresamente reconocido por el artículo 204 de la Constitución.

5. Más allá de explicables susceptibilidades de las autoridades del Poder Judicial y de los jueces ordinarios en general, por las expresiones de subordinación e inferioridad antes consignadas:

- a. La Sentencia Competencial reconoce el papel de contralor constitucional del Tribunal en materia de constitucionalidad exclusivamente;
- b. Ello no afecta la superioridad de posición de los jueces del Poder Judicial en materias de su competencia en las que, conforme a la Carta y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resuelven en instancia final, dicen la última palabra en temas penales, civiles, comerciales, de familia, laborales, etc., sin que a este respecto exista situación de inferioridad alguna frente a otro poder o institución en sede nacional; y
- c. Por lo demás, en materia constitucional, el mismo grado de inferioridad se podría predicar con respecto a la relación manifiesta entre el Tribunal Cons-

«Todos los peruanos tiene el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

titucional y el Congreso de la República ante una ley dictada por este último que sea declarada inconstitucional por el primero de los nombrados. O, similarmente, entre el Tribunal Constitucional, así como la propia Corte Suprema de la República, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sede internacional, ante una sentencia que se pronuncie por una interpretación de los derechos humanos que supere —como ha ocurrido— lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en sede nacional, y anule los efectos de lo resuelto por éste último.

6. El mayor debate producido por la Sentencia Competencial se ha centrado en el supuesto debilitamiento del principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, que constituye base y sustento de la seguridad jurídica que todo sistema legal aspira a garantizar. Al respecto:

- a. El Tribunal Constitucional parte de la base de que la única manera en que una decisión o sentencia judicial adquiera la inmutabilidad que le otorga el principio de *res iudicata* es su concordancia irrestricta con el respeto a la supremacía de la Constitución;
- b. Dado que el respeto a la supremacía de la Constitución supone el estricto cumplimiento de los pronunciamientos del Tribunal en materia de constitucionalidad, especialmente contenidos en la doctrina jurisprudencial (artículo VI del Código Procesal Constitucional) y el no apartamiento de los precedentes vinculantes establecidos con carácter normativo por el mencionado Código (artículo VII), la inmutabilidad de la cosa juzgada solo se reconoce constitucionalmente si la resolución o sentencia dictada por los jueces del Poder Judicial respeta lo anterior. De no ser así, la aparente cosa juzgada no tendría el efecto de la inmutabilidad a la luz de la Constitución y las sucesivas resoluciones y sentencias dictadas por el Poder Judicial en menoscabo de las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo en cabeza del Mincetur para cumplir y hacer cumplir las leyes en relación con los casinos de juego y máquinas tragamonedas, son susceptibles de nulidad en el marco del proceso competencial incoado.

7. No es posible pronunciarse, sin conocer el expediente competencial y los expedientes dentro de los que se dictaron las resoluciones y sentencias materia de nulidad, sobre la pertinencia o impertinencia de las nulidades declaradas por el Tribunal constitucional. Cabe empero reflexionar sobre:

- a. El resultado que traerá esta Sentencia en relación con la nulidad de resoluciones y sentencias que aparentemente adquirieron la inmutabilidad de la cosa juzgada.
- b. Nuestro parecer es que una Sentencia de este tipo —así como la nulidad declarada de resoluciones y sentencias dictadas en dirección manifiestamente contraria a lo establecido por el Tribunal Constitucional— está destinada a fortalecer en el futuro la constitucionalidad de las resoluciones y sentencias que dicten los jueces del Poder Judicial. Se requerirá de ellos un más cuidado-

so respeto por la Constitución tal y como es interpretada por el contralor constitucional reconocido por la *Norma Normarum*; sin embargo

- c. Parece prudente que en futuros pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional se establezcan los plazos indispensables para que éste declare la nulidad de resoluciones y sentencias dictadas por jueces y tribunales del Poder Judicial en contravención con lo dispuesto por las sentencias constitucionales que integran la doctrina jurisprudencial constitucional y, con mayor razón, con los precedentes vinculantes de carácter normativo fijados por el Colegiado constitucional.

8. Los avances que se vienen logrando en el Perú por introducir elementos de la institución del *stare decisis* merecen una revisión a favor de hacerlos más predecibles y menos debatibles. Al respecto, el análisis de la Sentencia Competencial conduce a sugerir que:

- a. Se mitigue el efecto absoluto de la obligación de no apartamiento de los jueces ordinarios de los precedentes vinculantes con carácter normativo establecidos por el Tribunal constitucional al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional para pasar a un sistema de precedentes vinculantes relativo;
- b. Relativizar el sistema de precedentes vinculantes obligaría a concebir una fórmula de apartamiento, debidamente fundada desde luego, pero que permita una consulta previa al Tribunal Constitucional del juez o del tribunal dispuesto a apartarse para que reciba la autorización correspondiente del contralor constitucional;
- c. Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia acumulada en la fijación y aplicación de los precedentes vinculantes de carácter normativo aconseja que se vaya reduciendo la enorme discrecionalidad de la que hasta el presente ha venido gozando el Tribunal Constitucional en este importante asunto. El propósito de ello sería: introducir requisitos objetivos basados en la reiteración de criterios que justifiquen el establecimiento de un precedente vinculante de esta naturaleza que los armonice y propicie la uniformidad razonable que sustente la predictibilidad de las decisiones en materia constitucional; y
- d. Dentro de los requisitos concebibles debería tomarse en consideración la posibilidad/necesidad de que la reiteración de criterios jurisprudenciales, contenidos en más de una sentencia o resolución del tribunal que ponga fin a los procesos, sea un requisito indispensable antes de que el Tribunal Constitucional pueda fijar un precedente vinculante con carácter normativo.

9. De otro lado, el cambio de criterio para la resolución de la controversia competencial (del test de competencia a los principios de inconstitucionalidad de las sentencias dictadas por los jueces ordinarios apartándose de los precedentes vinculantes de carácter normativo establecidos por el Tribunal Constitucional) ha sido finalmente objeto de críticas al Fundamento 27 de la Sentencia Competencial que se analiza. Al respecto cabe dejar establecido que dicho cambio de criterio para resolver:

- a. No es merecedor —a nuestro juicio— de reproche jurídico. En efecto, tal cambio se aloja perfectamente dentro de los fines esenciales del proceso— que en este caso se centra en garantizar la supremacía de la Constitución— (primer párrafo del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional);
- b. Resulta además coherente con el principio de dirección judicial del proceso que permite adecuar exigencias y reconducir razonamientos (segundo párrafo de la norma últimamente mencionada) a efectos de lograr el fin primordial del proceso en cuestión; y finalmente;
- c. Constituye una manifestación del principio *iura novit curiae* —también previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional— que obliga al juez constitucional (en este caso privativamente al Tribunal) a aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no sea invocado por las partes, lo que a nuestro criterio supone aplicar el razonamiento que corresponda más adecuadamente a los fines del proceso competencial materia de la Sentencia.

¿Cosa juzgada constitucional?

ERNESTO BLUME FORTINI*

I

El 12 de febrero de 2007 el Tribunal Constitucional peruano dictó una importante sentencia, en adelante la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC, en el proceso competencial promovido por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial. El demandante argumentó que el demandado, en sede judicial, venía invadiendo las esferas de su competencia y solicitó se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, y se declare la nulidad de una serie de resoluciones judiciales dictadas en diversos procesos de amparo y procesos de cumplimiento, en los cuales se habían declarado inaplicables al caso las normas de la actividad del juego de casinos y máquinas tragamo-

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Integró la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el ex Presidente Constitucional de la República don Valentín Paniagua Corazao.

nedas y se había ordenado al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) abstenerse de restringir o modificar la situación de las empresas demandantes, las cuales se dedican a dicha actividad, incluyendo en la declaración de nulidad todos aquellos supuestos que, sin haber sido detallados en la demanda, originen conflicto de competencias entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).

En el presente artículo, en atención a la cordial invitación formulada al efecto por el doctor Domingo García Belaunde, se analizan los principales aspectos de la referida sentencia, con énfasis en la declaración de nulidad que contiene respecto de las resoluciones dictadas en sede judicial que tenían la calidad de cosa juzgada, introduciendo el criterio de que lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, es la *cosa juzgada constitucional*, «...la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes...»¹; declaración de nulidad que pone en cuestión el instituto de la cosa juzgada al condiciona tal carácter a los mencionados parámetros, como única forma, según afirmación del propio Tribunal Constitucional, «...de garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales»².

Esta postura ha sido rechazada por los voceros del Poder Judicial, que consideran un exceso del Tribunal Constitucional el haber afectado la santidad de la cosa juzgada, recurriendo para ello a una interpretación del precitado artículo 139, inciso 2, de la Carta Fundamental de la República inacorde con su texto expreso y claro, que reza literalmente en su parte pertinente al referirse al principio de independencia del Poder Judicial en la función jurisdiccional, que «Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.»

II

El Poder Ejecutivo sostuvo en su demanda que, a raíz de la entrada en vigencia de la legislación reguladora de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el Perú, ciertos grupos empresariales que explotaban aquella

1 Fundamento 70 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC.

2 Fundamento 70 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC.

actividad promovieron procesos constitucionales ante el Poder Judicial con la intención de sustraerse de sus alcances; especialmente iniciaron procesos de amparo. Al respecto, describió dos escenarios. El primero, caracterizado por la vigencia de la Ley N.º 27153 y la declaración de inconstitucionalidad de sus artículos 38 y 39, así como de su primera y segunda disposiciones transitorias. El segundo, producido desde la vigencia de la Ley N.º 27796, que modificó el texto de la Ley N.º 27153, en el cual el Tribunal Constitucional emitió varias sentencias en procesos de amparo convalidando el régimen tributario y administrativo de las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Refirió que no obstante la constitucionalidad de la normativa reguladora de la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, el MITINCI se ha visto en la imposibilidad de aplicarla y exigirla, en razón que los operadores de dicha actividad han obtenido sentencias en el Poder Judicial contrarias a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, que han adquirido la calidad de cosa juzgada; precisando que la Ley de Juegos de Casinos y Tragamonedas N.º 27153, modificada por la Ley N.º 27796, confiere a la Dirección Nacional de Turismo facultades para autorizar, fiscalizar, supervisar, evaluar y sancionar actividades vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, en virtud de que dicha actividad económica se permite excepcionalmente, como parte de la actividad turística en nuestro país; siendo el MINCETUR el sector competente para llevar a cabo funciones de administración, fiscalización y sanción en dicha materia.

Agregó que el Poder Judicial venía otorgando licencias de funcionamiento a través de sus sentencias, pese a que ello implica dejar sin efecto normas convalidadas por el Tribunal Constitucional e, incluso, había implementado plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere, a lo cual debía sumarse el hecho que algunos funcionarios del Poder Ejecutivo habían sido denunciados por operadores informales, bajo el argumento de que contaban con sentencias favorables, las cuales se habían dictado aplicando con carácter ultraactivo normas que habían perdido vigencia, no obstante que el ordenamiento peruano no contempla la aplicación ultractiva de las normas.

III

Con fecha 30 de enero de 2007, el Presidente del Poder Judicial se apersonó al proceso, contestó la demanda y solicitó que sea desestimada, argumentando que la pretensión de la parte accionante no configuraba un supuesto de conflicto de competencias, en razón que perseguía «... una nueva revisión de sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que son, por tanto, inmodificables, irrevisables y de obligatorio cumplimiento»³; resoluciones emitidas en el marco de

3 Antecedente 2 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC

procesos judiciales regulares en los que las partes estuvieron en posibilidad de ejercer plenamente su derecho de defensa y, en todo caso, utilizar los medios impugnatorios propios de cada proceso frente a cualquier error de juzgamiento. Arguyó, además, que el Poder Judicial no se había arrogado indebidamente facultades, sino constreñido a ejercer sus atribuciones constitucionales de controlar jurídicamente los actos de gobierno, sin pretender, en ningún momento, asumir la facultad de otorgar licencias de funcionamiento, puesto que resultaba evidente que dicha atribución le corresponde al Poder Ejecutivo en ejercicio de su potestad administrativa; y que «... la independencia de los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional no sólo constituye una garantía de los ciudadanos, sino también un derecho que la Constitución le reconoce expresamente a cada magistrado (artículo 139, inciso 2), derecho que se pretende infringir mediante el proceso constitucional incoado»⁴.

IV

En la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC el Tribunal Constitucional parte de la premisa de considerar que para la resolución de la controversia es necesario responder las siguientes interrogantes de relevancia constitucional: «¿El ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las competencias o atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales?»⁵; y «¿Cuál es la competencia o atribución del Poder Ejecutivo afectada ilegítimamente por el Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional?»⁶

En tal dirección, formuladas tales cuestiones y delimitado el petitorio de la demanda, analiza las excepciones de representación defectuosa y litispendencia, considerando que carecen de sustento valedero, y procede a realizar algunas consideraciones de relevancia constitucional, entre las que interesa destacar las siguientes:

«Si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la

4 Antecedente 2 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC

5 Materia constitucionalmente relevante 1 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC

6 Materia constitucionalmente relevante 2 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC

estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)»⁷.

«... sobre la base de esta especificidad del Derecho Procesal Constitucional es pertinente precisar que el competencial es un proceso constitucional autónomo respecto de otros procesos judiciales o constitucionales y, a diferencia del proceso de amparo, está orientado predominantemente a la tutela del orden constitucional objetivo, el cual se asienta en los principios de redistribución territorial del poder —*división vertical*— y en el de separación tanto de poderes como de órganos constitucionales —*división horizontal*—, sin que ello implique omitir la presencia de la dimensión subjetiva. Condicionar la resolución del presente proceso competencial a lo que se resuelva en los procesos de amparo a los que hace referencia el demandado, implicaría que este Colegiado abdique de su función de ser el órgano encargado del control constitucional, según establece el artículo 201 de la Constitución y, en particular, de la tutela de los fines de los procesos constitucionales previstos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.»⁸

Estas dos consideraciones son de enorme importancia para entender la postura del Tribunal Constitucional, en cuanto relativiza la rigidez de las categorías e instituciones de la Teoría General del Proceso, para conceptuarlas a la luz de los fines reales y objetivos que, en términos de justicia finalista, tienen los procesos constitucionales, en tanto instrumentos de garantía de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y de guardianía y aseguramiento de la primacía normativa de la Constitución; trasluciendo una suerte de condicionamiento de tales categorías e instituciones a los referidos fines y objetivos, abandonando los ciegos absolutismos del Derecho Procesal General y optando por una visión constitucionalizada y armónica con el Estado Constitucional al cual aspira el Perú.

V

A continuación, en la sentencia en comento se ingresa a lo que el Tribunal Constitucional rotula como el fondo de la controversia y que abarca los siguientes tópicos: los presupuestos del proceso competencial, las atribuciones constitucio-

7 Fundamento 4 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC.

8 Fundamento 5 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC.

nales y el ejercicio de la función jurisdiccional, el análisis del caso concreto (dentro de éste, las afectaciones a las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes, así como de cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales, los efectos de la sentencia del proceso constitucional de marras, las solicitudes presentadas por la Cámara de Operadores de Máquinas de Juegos, Tragamonedas y otros, la cosa juzgada constitucional y la Ley N.º 28945).

De este elenco de tópicos, todos ellos de singular importancia, en los cuales el Tribunal Constitucional ha sentado una respetable posición, con la cual se puede o no estar de acuerdo, interesa extraer para estas reflexiones sólo algunas de ellas, por razones de espacio, sobre las cuales se efectúa a continuación un análisis crítico constructivo, consignando las razones esgrimidas por el supremo intérprete de la Constitución y la posición de quien escribe estas líneas.

Así, respecto de los presupuestos del proceso competencial, el Tribunal Constitucional enfatiza que para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. Esto es, que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con una legitimidad especial para obrar, por tratarse de órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales; y que la materia del conflicto tenga una dimensión constitucional, en cuanto se trate de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, *prima facie*, de las leyes orgánicas respectivas. En esta línea, verifica que en el caso de autos el elemento subjetivo se configura plenamente pues, como lo apunta expresamente, «... se trata de dos Poderes del Estado cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente por la Constitución (artículo 200, inciso 3) y por el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, según el cual '(...) el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: (...) 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí (...)»⁹; verificación que, ciertamente, no ofrece ninguna duda, desde que se trata indiscutiblemente de dos órganos de rango constitucional.

En cuanto al elemento objetivo, recogiendo en parte la posición de la parte demandante apunta que, en estricto, el conflicto competencial gira entorno a las atribuciones previstas en el artículo 118, incisos 1 y 9, de la Constitución, que establecen que corresponde al Presidente de la República «Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.» Y «Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.»

9 Fundamento 8 de la STC Exp. N.º 006-2006-PC/TC.

respectivamente; apunte que, igualmente resulta acertado, por cuanto, no obstante que la accionante refiere también como área afectada la que corresponde a los artículos constitucionales 121 y 128, éstos están referidos al Consejo de Ministros y a su funcionamiento, así como a la responsabilidad de los ministros, respectivamente, resultando que, en puridad, las atribuciones que se consideran afectadas por el Poder Judicial están referidas a las que corresponde a los incisos transcritos.

Ahora bien, hecha esta precisión sobre el elemento subjetivo y el elemento objetivo en cuanto presupuestos del proceso competencial y determinado que los mismos se dan en el caso materia de análisis, con lo cual se concuerda como se expresa en las líneas anteriores, el Tribunal Constitucional ingresa al examen de las atribuciones constitucionales y del ejercicio de la función jurisdiccional, por cuanto estima que la simple determinación de los elementos subjetivo y objetivo no significa, de por sí, una afectación de atribuciones, lo que hace necesario, en primer lugar, «... determinar, de manera general, si el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales; y, en el supuesto afirmativo, esclarecer si, en el presente caso, el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo —más específicamente, del MINCETUR—» (fundamento 12)

VI

Sobre esto último, el Tribunal Constitucional entiende que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a la potestad de administrar justicia que emana de pueblo y le ha sido asignada al Poder Judicial, pero que debe desarrollarse con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen, pues «... así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo —motivo por el cual puede oponer su reserva de ley a los actos administrativos y resoluciones judiciales que la invadan—, por igual razón la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. Esto, como es evidente, no impide que el Poder Judicial ejerza su atribución constitucional de impartir justicia, lo que se configura también como una reserva jurisdiccional inmune a los actos políticos; esta indemnidad, no obstante, no ocurre frente a la jurisdicción constitucional, a tenor del artículo 202, inciso 3 de la Constitución, pues ella es la encargada de examinar los conflictos de competencia y atribuciones, a fin de que no se produzcan superposiciones o menoscabos de las atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado.» (fundamento 16).

Obsérvese que el Tribunal Constitucional opta, categóricamente, por la posición que postula que el proceso competencial lo habilita a examinar decisiones jurisdiccionales invasivas de competencias, cuya indemnidad no operaría en la sede de tal proceso. Vale decir, no operaría cuando el Tribunal Constitucional

ejerce su rol contralor del ejercicio de las competencias y atribuciones por parte de los órganos de rango constitucional dentro de un proceso competencial.

Esta postura, que resulta atractiva desde un primer acercamiento, no tendría mayores dificultades si el legislador constituyente no hubiera consagrado en el texto constitucional como uno de los principios de la función jurisdiccional en sede judicial el contenido en el inciso 2 del artículo 139 de la Carta de 1993, que se transcribió anteriormente, en cuya virtud ninguna autoridad puede dejar sin efecto la cosa juzgada.

Esta dificultad la ha pretendido salvar el Tribunal Constitucional introduciendo la figura de la cosa juzgada constitucional, diferenciándola de la cosa juzgada a secas, podría decirse, al sostener: «... para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de *cosa juzgada*, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6 del Código Procesal Constitucional. Al efecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201), y que, en determinados procesos constitucionales —hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento—, es instancia final de fallo (artículo 202, inciso 2 de la Constitución) de las resoluciones del Poder Judicial; en otros —proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial— es instancia única (artículo 202 inciso 1); de ahí que sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 de la LOTC).» (fundamento 68).

Y agregar: «Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.» (fundamento 69).

Y reafirmar: «Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, es la *cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la

ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.» (fundamento 70)

Empero, cabe disentir, muy respetuosamente, de aquella construcción teórica, que introduce una categoría conceptual (la cosa juzgada constitucional) que habilita al Tribunal Constitucional a violar, precisamente, la cosa juzgada cuando estima que ésta no es constitucional, porque el Tribunal Constitucional no debe ir más allá de los parámetros fijados para su accionar por la propia Constitución, que no son otros que respetar escrupulosamente sus normas. Al respecto, el escollo creado por la intromisión del Poder Judicial en el ámbito competencial del Poder Ejecutivo vía la emisión de sentencias invasivas de atribuciones, que adquieren la calidad de cosa juzgada, puede salvarse recurriendo a la categoría conceptual de la inejecutabilidad, que corresponde al carácter que adquieren ciertas resoluciones, cuando por diversas razones devienen en inejecutables, dentro de cuyo ámbito podría ubicarse la invasión competencial.

Análisis del conflicto de competencias del Poder Ejecutivo (Mincetur) con el Poder Judicial en el Tribunal Constitucional: ¿una relación de jerarquía?*

ANÍBAL QUIROGA LEÓN**

«El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de lo más grandes juristas europeos, Hans KELSEN. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema»

*Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA
La invención norteamericana de la 'judicial review' y su papel en el sistema*

* Basado en la ponencia «Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano: a propósito del Control Concentrado de la Constitución» presentada al «VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional», organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa María, el Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en Arequipa en septiembre de 2005.

** Profesor Principal de la Facultad de Derecho y ex Editor General de la Revista *Derecho-PUC* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, 2002. Ex Director del la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional y Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

«Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada *Certiorari*, (...) pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de *stare decisis* (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.»

Héctor FIX-ZAMUDIO

Introducción al Derecho Procesal Constitucional

SUMARIO: I. Introducción. II. Los sistemas de control constitucional de las leyes. III. El sistema de control concentrado de las leyes: el Tribunal Constitucional. IV. La actividad de «control constitucional» del Tribunal Constitucional peruano V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La invitación de *Palestra del Tribunal Constitucional*, periódica publicación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional debidamente comentada, a través de Domingo García Belaunde, coordinador de este colectivo, hace posible la presente ponencia sobre el tema que plantea la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el caso N.º 006-2006-PC/TC de 12 de febrero de 2007, en que se resolvió el conflicto de competencia planteado por el Poder Ejecutivo (por medio del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo —en adelante MINCETUR—) contra el Poder Judicial, por las autorizaciones y funcionamiento de los casinos de juegos y máquinas tragamonedas, el mismo que fue dirimido a favor de la posición del demandante.

Esta ponencia, como no podría ser de otra manera, por su temática tiene como antecedente la que en su día fuera presentada al VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, llevado a cabo por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa María, el Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en Arequipa en septiembre de 2005, y que llevara por título «Los excesos del Tribunal Constitucional peruano: a propósito del control concentrado de la Constitución».

No cabe duda que, por diversos factores, en los tiempos actuales apreciamos en nuestra vida política, en nuestro desarrollo democrático y en nuestra academia, el notorio auge y desarrollo innegable del *Derecho Procesal Constitucional*, joven

disciplina escindida del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal, de la que ya no se discute sus perfiles propios, tanto en la actividad académica o doctrinaria, cuanto precisamente en el desarrollo jurisprudencial por medio de los Tribunales de Justicia o del Tribunal Constitucional, según sea del caso. Esto se ha reflejado en posteriores trabajos de investigación con el primordial objetivo de desarrollar —en un primer momento— la definición y adecuada comprensión de los diversos «instrumentos» que el Derecho Procesal Constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control inter-órganos y desarrollo tal como lo informa la propia Constitución, lo que finalmente se ha reflejado con la redacción y puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional¹.

En este panorama resulta de vital importancia la función y rol encomendado por la Constitución al Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Carta Magna dentro de lo que se denomina el *sistema de control constitucional concentrado* o también llamado *sistema europeo de control de la constitucionalidad*². Este órgano de control constitucional, en un principio incomprendido inclusive por quienes fueron sus primeros integrantes, ha experimentado en el transcurso de los años (y especialmente en la última época luego de sus recomposiciones) un *inusual protagonismo* en asuntos que involucran no solo el escenario constitucional o jurídico, sino —sin duda alguna— el político, el económico o el social.

La explicación a ello se debe —salvo excepciones— a la raigambre política partidaria en el origen de algunos de sus miembros que resultaron elegidos por una mayoría sobrecalificada de dos tercios de nuestro Congreso unicameral, y en el redescubrimiento de sus poderes y atribuciones que, en no pocas oportunidades, se ha reflejado en el contenido de su jurisprudencia en los distintos procesos de inconstitucionalidad sometidos a su escrutinio y decisión, en los que el interés político claramente se ha impuesto ante la jerarquía que irradia nuestra Constitución, en innegable desmedro del desarrollo de una verdadera jurisdicción constitucional dentro de los parámetros que la doctrina señala para el supremo órgano de control de la constitucionalidad, estatus del que se deriva —sin lugar a dudas— el ser el supremo intérprete de la Constitución, como ha sido adicionado en el

1 Sancionado por Ley N.º 28237, con calidad de ley orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el séptimo apartado del art. 200 de la Constitución peruana de 1993. Téngase en cuenta las importantes modificaciones que a la fecha ha sufrido por medio de las Leyes N.ºs. 28642 y 28946.

2 QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Control 'difuso' y control 'concentrado' en el Derecho Procesal Constitucional Peruano». En: *Derecho PUC*. N.º 50, Facultad de Derecho de Der. de la PUC del Perú, Lima, 1996, pp. 207 y ss. También en: GUDIÑO PELAYO y otros. *Controles Constitucionales*. Fundap, Estudios Constitucionalismo y Derecho Público, Santiago de Querétaro, 2005, pp. 291 y ss.

actual artículo 1 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³. A ello se le sumaba el hecho verificable de que, en el pasado, había una notoria deficiencia en la formación constitucional que exhibían algunos de sus integrantes, lo que en la actualidad —salvando alguna excepción minoritaria, a decir verdad— ha sido manifiestamente superado con la última designación por parte del Congreso de la República, de más de la mitad del número de sus integrantes, lo que determina el panorama actual de la cuestión bajo análisis.

La presente ponencia tiene como objetivo primordial analizar en específico la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, precisamente poco antes de la importante recomposición que se acaba de producir dentro del mismo, en el caso N.º 006-2006-PC/TC, resuelto el 12 de febrero de 2007, en que se sentenció el conflicto o contienda de competencia planteado como demandante por el Poder Ejecutivo (a través del MINCETUR) contra el Poder Judicial como demandado, por las autorizaciones y funcionamiento de los casinos de juegos y máquinas tragamonedas. Esta causa constitucional fue dirimida en favor de la posición del demandante. Al realizar ello, creemos necesario tener que perfilar el verdadero rol del Tribunal Constitucional, conforme a lo señalado expresamente por la Constitución y por la legislación de la materia (léase: Código Procesal Constitucional, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y leyes conexas), analizando al mismo tiempo parte de la problemática que en la actualidad envuelve al *supremo intérprete de la Constitución* en el ámbito del sistema concentrado o europeo al cual está adscrito nuestro sistema de sistema mixto de protección constitucional. De este modo se podrá apreciar de manera objetiva el actual status de su funcionalidad.

II. LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

En el ordenamiento jurídico del Perú es de resaltar la peculiaridad inobjetable de coexistir, al interior del esquema fijado por el texto constitucional, dos de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: (i) el sistema difuso o americano o de *judicial review*; y (ii) el sistema concentrado o europeo o ad hoc de control de la constitucionalidad⁴.

Lo anterior describe lo que se ha venido en denominar *sistema mixto de control de la constitucionalidad*⁵, y que el profesor García Belaunde denomina *sistema dual de*

3 «Artículo 1.- *Definición.*- El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. (...)».

4 QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Control 'difuso' y control 'concentrado...'; Ob. cit.

5 QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano». En: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Aníbal Quiroga León (Compilador), Fondo Editorial de la PUC del Perú, Lima, 1990, pp. 177 y ss. Ver especialmente cita N.º 72.

*control constitucional*⁶ y habrá de determinar —a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde encontramos de modo alterno excluyente o sólo la presencia del sistema de control concentrado o solo la existencia del sistema de revisión judicial de las leyes (control difuso)— que la «jurisdicción constitucional» en el Perú pueda ser válidamente ejercida no sólo por el Tribunal Constitucional, sino también por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales competentes, los que de este modo reúnen sobre sí una doble cualidad: además de ser jueces ordinarios de las causas que corresponda conforme a ley, de modo inmanente son al mismo tiempo jueces constitucionales cuando tengan conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que descubran la confrontación entre la ley y la Constitución, pudiendo por tanto hacer un juicio de valor interpretativo a favor de la Constitución y logrando la inaplicación de la ley para el caso concreto en donde tal confrontación haya sido descubierta.

En consecuencia, nadie en nuestro medio puede desconocer, sin temor a error, que la «jurisdicción o justicia constitucional» en el diseño constitucional del Perú es de orden mixto, y que esa mixtura se halla extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial cuando sus Magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) —contemplado ahora en el artículo 138, segunda parte, de la Constitución y reglamentado en el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial— y cuanto estos mismos Magistrados conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o también denominada acciones de la *jurisdicción de la libertad*.

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que no todos los procesos constitucionales son iguales, ni responden necesariamente a la misma naturaleza jurídica (pese a ser todos procesos del control de la Constitución) ya que la diferencia entre los mismos radica fundamentalmente en la naturaleza jurídico-constitucional y en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional para cada uno de ellos.

Así, tenemos que se divide en dos la tipología de procesos constitucionales:

Aquellos destinados a la defensa de las garantías constitucionales o de defensa de las libertades fundamentales o de jurisdicción de la libertad, cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme le está reconocido por la Constitución;

Aquellos destinados a la defensa orgánica de la Constitución, a las denominadas acciones de control constitucional o acciones de control orgánico, cuya pretensión, en

6 GARCÍA BELAUDE, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Segunda edición, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional —sección peruana—, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, Lima, 2000.

todas sus variantes, será de orden abstracto, objetivo, y estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les han atribuido a los mismos.

III. EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE LAS LEYES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el «órgano de control de la Constitución»⁷. Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V «De las Garantías Constitucionales», ha optado de manera clara y meridiana por el denominado sistema europeo de control de la constitucionalidad o control ad hoc de la Constitución, también conocido como de justicia constitucional concentrada⁸, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el máximo órgano de control e interpretación de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control:

- i) La interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y,
- ii) Como consecuencia de la labor interpretativa antes descrita, la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, ora sean constitucionales, ora lo sean de orden legal; de modo tal que logre una sistematicidad y unidad constitucional respecto de los mismos que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional y democrática de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la «*fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional*»; esto es, la vinculación o sujeción a la

7 Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001, se ha sugerido que se la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Sin embargo, ello ha sido «subsanado» legislativamente por la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional — Ley N.º 28301, que señala en su art. 1 que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Ver, además, cita N.º 3 *supra*.

8 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional*. (1940-1968). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

Constitución de todas las autoridades (todas, sin excepción, sobre la base de la tesis de que en un Estado democrático de derecho no se pueden admitir «islas» exentas de control constitucional), y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño pre-moderno. Esto, debido a que en un Estado moderno de Derecho la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, lo que fue el gran lema de lucha del Estado constitucional —hoy más vigente que nunca— y ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario «*Government by men*», por el actual, democrático y jurídico «*Government by laws*»⁹. Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas jurídicas del ordenamiento entero, norma fundamental, la *Lex superior* o la *higher law* continente de valores, principios y presupuestos que dan sustento al Estado democrático de derecho (*fundamentum reipublicae*).

Corresponde al Tribunal Constitucional, por tanto, dentro de estas mismas premisas no cuestionadas —ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante—, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, sin exceder los postulados de la propia Constitución que es su razón de ser, a fin de que pueda precisar y configurar el alcance de las trascendentes y poderosas facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución del Perú de 1993, en actual vigencia, el Tribunal Constitucional está definido específicamente en el artículo 201, señalando como características del mismo, las siguientes:

- a. Ser el órgano del control constitucional;
- b. Ser autónomo e independiente; y,
- c. Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años no susceptibles de reelección inmediata.

Si bien el Tribunal Constitucional es definido como el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no aparece expresamente señalado así en nuestra Carta Magna, en función a lo expuesto con anterioridad. Ello ha sido extendido —creemos, con acierto— por la propia interpretación del Tribunal Constitucional en su diversa jurisprudencia y por lo que hoy expone el artículo 1 de su actual Ley Orgánica¹⁰. Esta deficiencia fue producto de un largo debate desde que se redactó la Constitución de 1979 (D) y mantenido en el de la actual Constitución de 1993, pero lamentablemente no fue superado ni mejorado por el Código Procesal Consti-

9 KAEGI y VON IHERING, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1985, pp. 49 y ss.

10 Ver cita N.º 3 *supra*.

tucional Peruano¹¹, cuyo texto no enfrentó de modo decidido el tema del verdadero rol interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual se infiere —en lectura indirecta y en expresión ciertamente tímida— del tercer párrafo del Art. VI del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo:

«Art. 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.»

Sin embargo, como ya se ha precisado, ha sido la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 1) la que, con posterioridad al Código Procesal Constitucional y como consecuencia del mismo, reguló normativamente por extensión, la atribución de ser el supremo intérprete de la Constitución, haciendo una suerte de «desarrollo constitucional».

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo «europeo» o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1919 y 1920 con la Constitución de Austria, repetida en la Constitución de Checoslovaquia del propio 1920, y en la Constitución de la II República Española de 1931¹², implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. El Congreso se convierte así, en el primer destinatario de las acciones de un Tribunal Constitucional. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete y contralor de la Constitución, es decir ser el *intérprete vinculante u obligatorio*, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades sin salirse del postulado constitucional, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, de suyo fascinante¹³, será entonces la tarea esencial del Tribunal Constitucional, su *ratio fundamentae* en la existencia constitu-

11 Salvo lo establecido en el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ver cita N.º 7.

12 QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano; en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. AA.VV. Aníbal Quiroga L. (Compilador) Facultad de Derecho de la PUCP, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1990, pp. 153 y ss.

13 QUIROGA LEÓN, Aníbal. «La Interpretación Constitucional» Ponencia presentada al I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; en

cional, la que también deberá hacerse conforme a los postulados de la propia Constitución a la que debe su existencia y su razón de ser. En efecto, debe mencionarse que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las aquellas son esencialmente políticas (sean «autoaplicables», «programáticas» o «estructurales») factor de escrito de distribución del poder legítimo, estas son de básico contenido subjetivo o material, distributiva de derechos, atributivas de derechos o restrictivas de derechos entre las personas, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría evidentemente erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional, de modo exclusivo y excluyente, la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado «control concentrado» o «control ad hoc», esto es, de índole abstracto —y por tanto incompatible en ese y en otros puntos con el «control difuso» o «judicial review»—, ya que corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto de la ley debatida; aquí el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución, sin referencia a *caso concreto* alguno, ya que para este examen no se requerirá que esté en disputa derecho subjetivo ninguno. Si la primera premisa es la cierta, la de la constitucionalidad de la ley dubitada, la demanda deberá ser rechazada y la norma dubitada regresará al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia, constitucionalizada y ratificando la presunción de constitucionalidad con la que ingresó. En cambio, si la segunda premisa es la cierta, la norma debatida será derogada *erga omnes*, de modo directo y fulminante, por el propio poder constitucional otorgado al Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen¹⁴— *legislador negativo*, esto es, con poder derogatorio directo

Monterrey, NL, México, Septiembre de 2005. Véase también: Quiroga León, Aníbal. «La Interpretación Constitucional», en el colectivo *La Interpretación Constitucional*. T. II. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador). Porrúa, México, 2005, pp. 949 y ss.

14 El calificativo de «*legislador negativo*» que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende «desjurisdiccionalizar» ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...) Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia (...); cuando habla de «*legislador*

(conforme al artículo 204 *ab-initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una «norma sub-constitucional»¹⁵ de la que será titular el Tribunal Constitucional como «constituyente delegado». Por ello, y por expresa disposición consagrada en la Constitución, el principio jurídico —que proviene del Derecho romano y que recoge la Teoría General del Derecho— de que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el artículo I del Título Preliminar del Código Civil peruano¹⁶, se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*. No obstante eso, debe anotarse que el concepto originario de «legislador negativo» se halla, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana que proviene de su Corte Constitucional, la actual española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como la alemana y la que proviene de su Tribunal Constitucional¹⁷, de manera que hoy, a 80 años de la creación kelseniana el Tribunal Constitucional, ha evolucionado por sobre la figura inicial de un mero *legislador negativo* (que legisla sólo para derogar).

Desde ese punto de vista, en principio, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una «demanda» en los términos que formula la Teoría General del Proceso, como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una «iniciativa legislativa negativa» que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto normativo, y que puede tener un efecto positivo o mixto en la sentencia del Tribunal Constitucional.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía «quirúrgica» del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente

en sentido negativo» lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribió Kelsen: «*un tribunal facultado para anular leyes -en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo*». Cit. por Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. CEC, Madrid, 1981; pp. 6 y ss. (resaltado y entre paréntesis agregado). La cita de Kelsen está en: Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. de García Maynez) UNAM, México, 1979, pp. 303 a 334.

15 ALONSO GARCÍA, ALONSO. *La Interpretación Constitucional*. Madrid: CEC, 1984; p. 13.

16 Código Civil Peruano. Título Preliminar. «Art. I.- La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado».

17 AJA, ELISEO. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998.

te discernimiento, una tarea «quirúrgica», que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el «vacío» que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido antes derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir —como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano— constituye en puridad una «situación de mayor inconstitucionalidad» en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

La facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, en los parámetros de la Constitución, es de la misma dimensión y cualidad constitucional que la facultad de control constitucional que la misma Carta Política reconoce al Poder Judicial en orden a la aplicación de la facultad del *control difuso* previsto en la segunda parte del artículo 138 de la Constitución, y ello también debe reputarse como una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial, que nadie debe soslayar, y que el propio Tribunal Constitucional debe ser el primero en hacer respetar para guardar un mínimo de coherencia constitucional¹⁸.

IV. LA ACTIVIDAD DE «CONTROL CONSTITUCIONAL» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La actividad de interpretación constitucional autorizada o «auténtica» (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*) realizada por el Tribunal Constitucional, hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un «control político» de los actos normativos con rango de ley del Congreso¹⁹. Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de *razonabilidad* del legislador —cuyos actos está llamado a controlar— cuando se somete bajo su escrutinio las disímiles materias que han sido reguladas por el Poder Legislativo.

18 Ver al efecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, Exp. N.º 050-2004-AI/TC y otros —acumulado— del Tribunal Constitucional.

19 El laboralista Enrique ALONSO OLEA ha señalado, en nuestro medio, que: «Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político como la indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal pues es una elección política. Por consiguiente, es un *órgano de control político* en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria»; en: *La Ley Procesal del Trabajo; Antecedentes y Comentarios*. O. Sandoval A. (Editor). IMPREDISA, Lima, 1996, p. 67.

Lo antes expuesto debería determinar la *praxis* del Supremo intérprete de la Constitución; es decir, *el control y la interpretación de la Constitución*, ya que²⁰:

«El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.

Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola como una con un carácter político.»

Sin embargo, dicho parámetro de actuación ha sido excedido —y en muchas oportunidades infringido— por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos que, sin tomar en consideración las discrepancias jurídicas sobre el particular, *desnaturalizan la esencia misma del sistema de control concentrado regulado en nuestra Constitución*. Esto se deriva de la raigambre política de sus miembros, en función al sistema de elección de los mismos por parte del Poder Legislativo.

En este orden de ideas, el Profesor español Francisco Fernández Segado, ha señalado lo siguiente²¹:

«Se tergiversa así la labor del Tribunal, que de ser un órgano de control de la Constitución pasa a ser, o corre el serio peligro de pasar a serlo, un órgano llamado a impedir tal control. Piénsese en que sólo dos jueces constitucionales complacientes con el Poder Ejecutivo pueden impedir, no sólo el control del Tribunal, (...). Y como ha significado Stein, un Tribunal Constitucional que sólo es la prolongación y un instrumento complaciente del Poder Ejecutivo no sólo desacredita su propia imagen, sino también a la Constitución.»

A continuación desarrollaremos algunos casos concretos sobre el particular.

20 Fundamento 07 de la sentencia del 18 de febrero del 2005 referida al Expediente N.º 002-2005-PI/TC (Casi cinco mil ciudadanos contra el art. 2 de la Ley N.º 28374).

21 FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. K. Adenauer Stiftung — CIEDLA, Buenos Aires, 1999, p. 373.

1. Proceso de conflicto de competencia iniciado por el Poder Ejecutivo (Mincetur) con el Poder Judicial. Causa N.º 006-2006-PCC/TC

1.1. Por resolución de 26 de octubre de 2006, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el proceso constitucional de conflicto o contienda de competencia iniciada por el Poder Ejecutivo, por medio del MINCETUR, emplazando al Poder Judicial a fin de que se determine: (i) Si dentro de las competencias del Poder Judicial, está la de otorgar licencias de funcionamiento para juegos de casino y máquinas tragamonedas; y, (ii) si el Poder Judicial, en su actividad jurisdiccional, tiene la potestad de declarar inaplicables normas legales, relativas a la actividad de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas validadas por el Tribunal Constitucional, por cuanto la demanda considera que con ello se afectaría, a través de la Dirección Nacional de Turismo del MINCETUR sobre el ámbito de la regulación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas.

1.2. Tramitada esta causa de control constitucional conforme a su naturaleza abstracta el 12 de febrero de 2007 el Pleno del Tribunal Constitucional expidió sentencia definitiva, en instancia única, en este proceso de conflicto de competencia, dando plenamente la razón al órgano demandante, procediendo en el fallo, además, a disponer la nulidad, en algunos casos, y el que se deje sin efecto temporal las otras, de más de 20 sentencias y resoluciones provenientes de sendos procesos judiciales de amparo constitucional, y uno de «declaración de certidumbre»(¿?), procesos en que los interesados de operar casinos y máquinas tragamonedas habían obtenido sentencias judiciales favorables, la mayoría de ellas con autoridad de cosa juzgada constitucional.

1.3. Es de destacar, que dicho fallo anula o suspende los efectos de fallos judiciales provenientes de sendas acciones judiciales cuyos demandantes no sólo no han sido parte de la contienda de competencia de la que proviene, sino que dado el carácter abstracto y de control que rodea la naturaleza jurídica de la misma, no podían ser parte de dicho proceso de competencias.

1.4. Es decir, de inicio aparece con notoria evidencia que este fallo así expedido vulnera el derecho a la defensa y al acceso a la tutela judicial efectiva prevista tanto en el Inc. 3.ero. del Art. 139 de la Carta Constitucional, cuanto el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado con vigor en el Perú desde julio de 1978, que garantiza la proscripción de la indefensión de las personas frente a las autoridades jurisdiccionales, ya que los efectos del fallo rompen el principio procesal *res inter alios iudicata*, que determina —como garantía esencial del derecho de las partes— que lo juzgado sólo debe alcanzar a las partes del mismo y a quienes de éstos se derive el derecho de modo legítimo (sucesores procesales). Este principio no rige en los procesos de orden abstracto y de eficacia *erga omnes*, como el caso de la acción de inconstitucionalidad de la ley o de la contienda de competencia que, por lo mismo, no pueden ni deben tener efecto ni consecuencia intersubjetiva. En este fallo el Tribunal Constitucional evidencia una vez más, con la composición anterior al importante cambio de Magistrados que acaba de

tener, la informalidad conceptual en materia procesal constitucional con que ha dotado alguno de sus polémicos fallos²².

1.5. Por ello cabría perfectamente el que estos efectos, quienes han visto así reducidos sus derechos a la nada, de un momento a otro, sin haber sido parte del mismo proceso y sin que los efectos de dicho fallo de orden abstracto debiera ingresar en los confines intersubjetivos de sus derechos que gozan de protección legal y constitucional, formulen su denuncia de modo directo a la jurisdicción supranacional, conforme al Art. 205 de la Constitución y al Pacto de San José, y sus reglamentos; desde que frente al mismo ya no les cabe recurso interno alguno, y que el planteamiento de una acción de garantía constitucional (amparo) contra el mismo no tendría eficacia alguna, desde que este fallo pretende establecer una relación de subordinación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional (que la Constitución del Perú de 1993 no establece), presentándose la ineficacia del Art. 25 del Pacto de San José frente a la situación así generada²³ y, por lo tanto, las causales de excepción del requisito del agotamiento de las vías que provee el ordenamiento interno.

1.6 De partida nos parece que la demanda estuvo mal planteada y que no debió haberse admitido por parte del Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución le ha reservado tres competencias muy claramente marcadas, dos directas, de orden abstracto y en instancia única (la acción contra la ley y la contienda de competencia) y una subsidiaria, en instancia última, y con efectos intersubjetivos, como lo es la *Jurisdicción de la Libertad* al conocer las acciones de garantía constitucional (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento) siempre que hayan sido desestimadas de modo previo por el Poder Judicial.

1.7. Así, la contienda de competencia, definida en el Inc. 3ero. del Art. 202 de la Carta Constitucional²⁴, está desarrollada en el Art. 109 del Código Procesal

22 QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Los excesos del Tribunal Constitucional Peruano: a propósito del Control Concentrado de la Constitución». En: *Ponencia Desarrolladas VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa, septiembre de 2005. Ver también en: *Normas Legales*. N.º 353, octubre de 2005, Normas Legales, Trujillo, 2005.

23 «Art. 25.- Protección Judicial. 1. Toda persona derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y; c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.»

24 «Art. 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 3.- Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.»

Constitucional²⁵. Resulta evidente que la presente demanda se ha querido sustentar en el Inc. 3ero. del Art. 109 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, el conflicto de competencias requiere de que la facultad contendida sea o positiva o negativa. Será positiva cuando dos o más órganos en conflictos se disputan la facultad o atribución, y será negativa cuando dos o más órganos constitucionales se nieguen a asumir, de consuno, una determinada facultad constitucional.

1.8. Resulta evidente que la facultad que está en discusión, subyacente en el presente proceso de competencias, es la facultad jurisdiccional del Poder Judicial en los términos que los Arts. 138 y ss. de la Constitución establecen. Pero tal facultad no puede ni debe ser contendida por el Poder Ejecutivo, y menos por un sector de éste como el MINCETUR, ya que no queda dudas que la atribución o facultad jurisdiccional, en toda carta constitucional de un Estado democrático, es competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial. En consecuencia, en la presente causa constitucional no había materia válida en contención.

1.9. A lo anterior debe sumarse el argumento artificioso del Tribunal Constitucional, construido *ex professo* para la presente causa, en virtud del cual:

«17. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias. Mientras el conflicto constitucional *positivo* se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional, el conflicto constitucional *negativo* se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

18. Junto a ellos se ha advertido también el *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En este no se trata de, pues, de la disputa por titularizar(sic) o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro».

25 «Art. 109.- *Legitimación y representación.*- El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: (1) Al Poder Ejecutivo con uno o más Gobiernos Regionales o Municipales; (2) A dos o más Gobiernos regionales, Municipales o de ellos entre sí; o, (3) A los Poderes del estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.(...)».

1.10. Frente a ello, el Tribunal Constitucional avanza en el artificio, generando una nueva categoría competencial, como lo es el denominado *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, lo que explica del siguiente modo:

«21. En estos casos, es evidente que el conflicto de atribuciones no se configura como una disputa por una competencia o atribución entre poderes del Estado u órganos constitucionales —conflicto constitucional positivo— como una negativa a asumir competencias o atribuciones —conflicto constitucional negativo—, o como un conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio; antes bien, *'el conflicto de atribuciones entre poderes puede surgir también por el hecho de que un poder, sin invadir la esfera de competencias de otro poder, por el modo ilegítimo en que obra en la esfera de sus competencias, turbe su actividad y le impida desarrollar en todo o en parte, la actividad que le compete'*.

22. Retrata aquí de un tipo de conflicto que se ha venido a denominar como *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*. Puede este clasificarse en: (a) conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*; (b) conflicto constitucional por menoscabo de *interferencias*; y, (c) Conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*. En el conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

En el conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tan punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

23. Es por ello, que el Tribunal Constitucional precisa, a través de la presente sentencia, que también cabe hablar, dentro de los tipos de conflicto de competencia y de atribuciones, de un *conflicto constitucional por menoscabo*, según el cual, junto a la configuración subjetiva se añade otra, objetiva más amplia que atañe no sólo a la titularidad o pertenencia de la competencia, sino al modo como, sustancial y procesalmente, esta se ejerce. En tal supuesto, lo que es materia de controversia es el hecho de cómo una atribución —cuya titularidad no se discute— está siendo ejercitada; siempre que en la ilegítima modalidad del ejercicio pueda ser

derivada, una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales ajenas, un impedimento o un menoscabo, tal como también lo reconoce la doctrina constitucional atinente.»

1.11. Entonces, aparece claro que allí donde la Constitución habla del conflicto de competencia constitucional como atribución discernida al Tribunal Constitucional frente a los órganos constitucionales y de poder, sea este positivo o negativo, sea que se dispute una atribución o poder, sea que no se acepte la atribución o poder, el Tribunal Constitucional ha redescubierto dos características más del instituto: la contienda de competencia por *omisión* y la contienda de competencia por *interferencia* (sic), esta segunda como creación conceptual *ex professo* para justificar su posición en este fallo constitucional.

1.12. Resulta claro que el Poder Ejecutivo, por intermedio de cualesquiera de sus órganos, no puede contender con el Poder Judicial respecto de la atribución jurisdiccional que la Carta Constitucional atribuye de manera clara e inequívoca a la facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial. Resulta igualmente claro que no se trata de la contienda que plantea el rechazo del ejercicio de la función jurisdiccional. Se trata, en suma, de perfilar y corregir el comportamiento del Órgano Jurisdiccional que el Poder Ejecutivo solicita haga el Tribunal Constitucional. Esto, creemos, no mediando una clara violación del texto constitucional, no se puede ni se debe hacer. No es algo que la Constitución haya previsto a favor de nadie. Tampoco está previsto que el proceso de competencias sirva para modular el ejercicio de una facultad constitucional que la Constitución atribuye a una de las manifestaciones más importantes del Estado constitucional, como lo es el comportamiento del Poder Judicial.

1.13. Por tanto, no solo la admisibilidad de la demanda debió haber sido rechazada *in limine*, de plano, sino que la demanda en sí misma debió ser desestimada al final del proceso. Otro problema, complejo y no menos importante, constituye el juicio de valor respecto de la actividad de los casinos y máquinas tragamonedas, su comportamiento empresarial, la posible ludopatía que pueda generar entre sus consumidores y el mal comportamiento que en no pocos casos haya generado en la respuesta judicial en los casos que se han planteado sobre el particular. Pero, consideramos que ese juicio de valor, y toda su complejidad, siendo importante —tanto que subyace en la presente sentencia constitucional—, escapa por completo a esta contienda de competencia constitucional.

1.14. Finalmente, para justificar lo anterior, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión —desfigurando de modo flagrante la Constitución— de existir una relación de jerarquía con el Poder Judicial, ubicándose convenientemente en un punto de superioridad que nadie le ha conferido, dado que el sistema de control constitucional que la Constitución ha perfilado, ya se ha dicho es mixto o dual, pero no con relación de hegemonía o superioridad. En efecto, en la Carta Constitucional del Perú coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes que, en principio son contradictorios pero a los que se ha hallado una deter-

minación sistemática: el sistema americano de revisión judicial de las leyes o de judicial review, donde dicho control es ejercido a través del Poder Judicial en un caso concreto, subjetivo, de manera difuminada y con efecto sólo interpartes; y el sistema europeo o concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, donde el control es ejercido por un órgano ad hoc especialmente constituido para tal fin, de modo directo, abstracto y derogatorio *erga omnes*. Esto es lo que se ha venido en denominar sistema mixto de control constitucional en el Perú.

1.15. Sin embargo, aprovechando esta sentencia de conflicto de competencias, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

«45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas finalmente, una concreción de esta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia (sic), que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.

(...)

51. No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de *grado inferior* de éste con respecto a aquél, por hecho (sic) de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento (...), e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial.

52. Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo '*de control de la constitución*' (...) entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo (...). Dado que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de justicia constitucional, un juez, si es leal a la constitución y a la ley, jamás puede ir en contra de los valores democráticos y del respeto de la Constitución y de su interpretación.

(...)

53. Todo ello muestra que la estimación de las demandas de cumplimiento por parte Poder Judicial (sic) desconociendo los efectos normativos de las sentencias aludidas *supra*, menoscaba la atribución constitucional que la Constitución (...) le reconoce al Poder Ejecutivo; en otros términos, se ha configurado una mengua en las atribuciones constitucionales del primero con respecto a las atribuciones constitucionales de este último, por lo que es necesario, ahora, que se determine, para el presente caso, los efectos de la sentencia atendiendo a la particularidad de este tipo de conflicto de atribuciones».

1.16. Con este fallo, el Tribunal Constitucional, además de desnaturalizar de modo evidente la naturaleza procesal constitucional de un conflicto de competencias, termina por someter en orden de superioridad al Poder Judicial, lo que no se halla contenido ni expresado en el texto de nuestra Carta Constitucional, haciendo para ello una parcializada y antojadiza interpretación constitucional que luego forzará como vinculante.

1.17. En efecto, como ya se ha dicho en esta y en anteriores oportunidades²⁶ nada hay en nuestra Carta Constitucional que nos diga que la labor del Tribunal Constitucional subordina, hacia abajo, a la del Poder Judicial, o a la del Ministerio Público. Y este yerro es más evidente aún cuando la determinación final de los casos de la *jurisdicción de la libertad* que usa en su beneficioso razonamiento, sólo ocurren luego de que el Poder Judicial se pronuncie. Así, la última palabra en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en el Tribunal Constitucional sólo estará reservada al Tribunal Constitucional frente a fallos adversos en sede judicial, más no frente a los fallos estimativos del Órgano Jurisdiccional, los cuales no serán revisados ni por el Tribunal Constitucional ni por nadie en el Estado peruano. Luego, la interpretación que en los casos estimados haga el Poder Judicial también habrá de constituir jurisprudencia constitucional vinculante e intangible. ¿Cómo entonces se puede concluir que el Poder Judicial se halla subordinado al Tribunal Constitucional? ¿De qué parte, no tergiversada, de la Constitución surge ésta, por demás interesada, conclusión? Pues de ninguna, tanto más si, como ya se ha expresado, en el Perú el sistema de control constitucional es mixto, habiendo la Constitución provisto de una serie de instrumentos (de control orgánico y de la jurisdicción de la libertad) en sede judicial como en sede del Tribunal Constitucional, formando un todo, una distribución sistemática y no jerárquica. Nada hay, pues, en el texto ni en el espíritu de nuestra actual Carta Constitucional que avale semejante conclusión interpretativa, que en modo alguno beneficia al propio sistema de justicia constitucional peruano y donde este nuevo sojuzgamiento del Poder Judicial —revestido de constitucionalidad—, además, tampoco hace mérito a la reconstrucción de las instituciones democráticas del Perú.

26 QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano...*; Ob. cit.

V. CONCLUSIONES

1. En la Carta Constitucional del Perú coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, en principio contradictorios, pero a los que con el tiempo y la historia constitucional en el Perú se ha hallado una determinación sistemática: el sistema americano de revisión judicial de las leyes o de *judicial review*, donde dicho control es ejercido a través del Poder Judicial en un caso concreto, subjetivo, de manera difuminada y con efecto sólo interpartes; y el sistema europeo o concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, donde el control es ejercido por un órgano ad hoc especialmente constituido para tal fin, de modo directo, abstracto y derogatorio *erga omnes*. A esto que se ha venido en denominar sistema mixto de control constitucional en el Perú.

2. El sistema de control concentrado en nuestro país es ejercido por el Tribunal Constitucional. Según la Constitución Política del Estado, dicha institución es el máximo *órgano de control de la Constitución*. A pesar que la doctrina constitucional señala que el Tribunal Constitucional es el *supremo intérprete de la Constitución*, dicha función no ha sido expresamente establecida en la Constitución, ni tan siquiera por la Ley N.º 28237 — Código Procesal Constitucional, a excepción de lo inicialmente señalado en el artículo 1 de la Ley N.º 28301 — Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. La labor interpretativa del Tribunal Constitucional supone un examen abstracto de la norma cuestionada de constitucionalidad, en donde el referente constitucional —a través del análisis de subsunción— determinará si la misma es compatible con los parámetros establecidos por la Carta Magna, incluyendo sus principios generales y valores intrínsecos a la misma. Corresponde al Tribunal Constitucional la interpretación de la Constitución como intérprete auténtico de la misma, en tanto que corresponde a los jueces del Poder Judicial la interpretación auténtica de la ley en general. El Tribunal Constitucional no es ni debe ser un tribunal de legalidad, lo que está reservado para la Corte Suprema de Justicia de la República y a sus órganos jerárquicamente dependientes en materia jurisdiccional.

4. Sin embargo, en los últimos años dicha actividad de interpretación constitucional ha sido desnaturalizada debido a factores eminentemente políticos, cuya causa originaria se puede encontrar en el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de la República. Por ende, la jurisprudencia constitucional dentro del ámbito del control concentrado no demuestra el cumplimiento de la función conferida al Tribunal por parte de la Constitución.

5. La sentencia de el 12 de febrero de 2007 del Pleno del Tribunal Constitucional, expedida en definitiva y en instancia única en el proceso de conflicto de competencia N.º 006-2006-PC/TC, en que se dirimió el conflicto de competencia planteado por el Poder Ejecutivo (por medio del MINCETUR) contra el Poder Judicial por las autorizaciones y funcionamiento de los casinos de juegos y máquinas tragamonedas, y disponiendo la nulidad, en algunos casos —y que se deje sin efecto temporal en otros—, de más de 20 sentencias y resoluciones provenientes de

sendos procesos judiciales de amparo constitucional, y uno de «declaración de certidumbre» (sic), en que interesados en operar casinos y máquinas tragamonedas habían obtenido sentencias judiciales favorables, la mayoría de ellas con autoridad de cosa juzgada constitucional.

6. Dicho fallo anula o suspende los efectos de fallos judiciales provenientes de sendas acciones judiciales, cuyos demandantes no sólo no han sido parte de la contienda de competencia en la que ello se dispone, sino que, dado el carácter abstracto y de control que rodea la naturaleza jurídica de la misma, no podían ser parte de dicho proceso de competencias.

7. Se evidencia que este fallo que ha vulnerado el derecho a la defensa y al acceso a la tutela judicial efectiva prevista tanto en el inciso tercero del artículo 139 de la Carta Constitucional, cuanto el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos —tratado con vigor en el Perú desde julio de 1978— que garantiza la proscripción de la indefensión de las personas frente a las autoridades jurisdiccionales, ya que los efectos del fallo rompen el principio procesal *res inter alios iudicata*, que determina —como garantía esencial del derecho de las partes— que lo juzgado sólo debe alcanzar a las partes del mismo y a quienes de éstos se derive el derecho de modo legítimo (sucesores procesales). Este principio no rige en los procesos de orden abstracto que son de eficacia *erga omnes*, como el caso de la acción de inconstitucionalidad de la ley o de la contienda de competencia que, por lo mismo, no pueden ni deben tener efecto ni consecuencia intersubjetiva.

8. Cabría que, por estos efectos, quienes han visto reducidos sus derechos a la nada, de un momento a otro, sin haber sido parte del mismo proceso y sin que los efectos de dicho fallo de orden abstracto debiera ingresar en los confines intersubjetivos de sus derechos que gozan de protección legal y constitucional, formulen su denuncia de modo directo a la jurisdicción supranacional, conforme al artículo 205 de la Constitución, al Pacto de San José y a sus reglamentos; debido a que, frente a la referida decisión, ya no cabe recurso interno alguno, y que el planteamiento de una acción de garantía constitucional (amparo) contra ella no tendría eficacia alguna, pues el fallo pretende establecer una relación de subordinación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, presentándose la ineficacia del artículo 25 del Pacto de San José frente a la situación así generada y, por lo tanto, la apertura de las causales de excepción del requisito del agotamiento de las vías que provee el ordenamiento interno.

9. La demanda aparece mal planteada y no debió haberse admitido por parte del Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución le ha reservado tres competencias muy claramente marcadas, dos directas, de orden abstracto y en instancia única (la acción contra la ley y la contienda de competencia) y una subsidiaria, en instancia última y con efectos intersubjetivos, como lo es la *jurisdicción de la libertad* al conocer las acciones de garantía constitucional (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), siempre que hayan sido desestimadas de modo previo por el Poder Judicial.

10. La contienda de competencia está definida en el tercero del artículo 202 de la Carta Constitucional y se desarrolla en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional. Resulta evidente que dicha demanda se ha querido sustentar en el inciso tercero del artículo 109 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, el conflicto de competencias requiere de que la facultad contendida sea o positiva o negativa. Será positiva cuando dos o más órganos en conflictos se disputan la facultad o atribución, y será negativa cuando dos o más órganos constitucionales se nieguen a asumir, de consuno, una determinada facultad constitucional.

11. La facultad que estaba en discusión en el presente proceso de competencias, es la facultad jurisdiccional del Poder Judicial en los términos que los artículos 138 y ss. de la Constitución establecen. Pero tal facultad no puede ni debe ser contendida por el Poder Ejecutivo, y menos por un sector de éste como el MINCE-TUR, ya que no queda dudas que la atribución o facultad jurisdiccional, en toda Carta Constitucional de un Estado democrático, es competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial. En consecuencia, en la presente causa constitucional no había materia válida en contención.

12. A lo anterior deben sumarse los argumentos artificiosos del Tribunal Constitucional, contruïdos *ex professo* para esta causa, generando una nueva categoría competencial, como es la denominada *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*.

13. Allí donde la Constitución habla del conflicto de competencia constitucional como atribución discernida al Tribunal Constitucional frente a los órganos constitucionales y de poder, sea este positivo o negativo, sea que se dispute una atribución o poder, sea que no se acepte la atribución o poder, el Tribunal Constitucional ha redescubierto dos características más del instituto: la contienda de competencia por *omisión* y la contienda de competencia por *interferencia*, esta segunda como creación conceptual *ex professo* para justificar su posición en este fallo constitucional.

14. Es claro que el Poder Ejecutivo, por intermedio de cualesquiera de sus órganos, no puede contender con el Poder Judicial respecto de la atribución jurisdiccional que la Carta Constitucional atribuye de manera clara e inequívoca a la facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial. Resulta igualmente claro que no se trata de la contienda que plantea el rechazo del ejercicio de la función jurisdiccional. Se trata, en suma, de perfilar y corregir el comportamiento del Órgano Jurisdiccional que el Poder Ejecutivo solicita haga el Tribunal Constitucional. Esto, no mediando una clara violación del texto constitucional, no se puede ni se debe hacer. No es algo que la Constitución haya previsto a favor de nadie. Tampoco está previsto que el proceso de competencias sirva para modular el ejercicio de una facultad constitucional que la Constitución atribuye a una de las manifestaciones más importantes del Estado constitucional, como lo es el comportamiento del Poder Judicial.

15. No solo la admisibilidad de la demanda debió haber sido rechazada *in limine*, de plano, sino que la demanda misma debió ser desestimada al final del

proceso. Otro problema, complejo y no menos importante, constituye el juicio de valor respecto de la actividad de los casinos y máquinas tragamonedas, su comportamiento empresarial, la posible ludopatía que pueda generar entre sus consumidores y el mal comportamiento que en no pocos casos haya generado en la respuesta judicial en los casos que se han planteado sobre el particular. Pero, ese juicio de valor, y toda su complejidad, siendo importante, escapa por completo a esta contienda de competencia constitucional.

16. Finalmente, para justificar lo anterior, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión —desfigurando de modo flagrante la Constitución— de existir una relación de jerarquía con el Poder Judicial, ubicándose convenientemente en un punto de superioridad que nadie le ha conferido, dado que el sistema de control constitucional que la Constitución ha perfilado es mixto o dual, pero no con relación de hegemonía o superioridad. En efecto, como ya se ha anotado, en la Carta Constitucional del Perú coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, en principio contradictorios, pero a los que al cabo de más de un cuarto de siglo nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional ha hallado una determinación sistemática: el sistema americano de revisión judicial de las leyes o de *judicial review*, donde dicho control es ejercido a través del Poder Judicial en un caso concreto, subjetivo, de manera difuminada y con efecto sólo interpartes; y el sistema europeo o concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, donde el control es ejercido por un órgano ad hoc especialmente constituido para tal fin, de modo directo, abstracto y derogatorio *erga omnes*. Esto se ha venido en denominar sistema mixto de control constitucional en el Perú.

17. Sin embargo, aprovechando esta sentencia de conflicto de competencias, el Tribunal Constitucional ha señalado que cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión las ejecutorias previas del Tribunal Constitucional, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas finalmente, una concreción de esta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos. No se niega que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en materia de procesos constitucionales *existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél (sic)*, por el hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial.

18. Con este fallo el Tribunal Constitucional desnaturaliza evidentemente la naturaleza procesal constitucional de un conflicto de competencias, terminando

por someter en orden de superioridad al Poder Judicial, lo que no se halla contenido ni expresado en el texto de nuestra Carta Constitucional, haciendo para ello una parcializada y antojadiza interpretación constitucional que luego forzará como vinculante.

19. Como ya se ha dicho, nada hay en nuestra Carta Constitucional que diga que la labor del Tribunal Constitucional subordina, hacia abajo, a la del Poder Judicial, o a la del Ministerio Público. Y este yerro es más evidente aún cuando la determinación final de los casos de la *jurisdicción de la libertad* que usa en su beneficioso razonamiento, sólo ocurre luego de que el Poder Judicial se pronuncie. Esto es, la última palabra en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en el Tribunal Constitucional sólo estará reservado al Tribunal Constitucional frente a fallos adversos en sede judicial, mas no frente a los fallos positivos del órgano jurisdiccional, los cuales no serán revisados ni por el Tribunal Constitucional ni por nadie en el estado peruano. Luego, la interpretación que en los casos estimatorios haga el Poder Judicial en la *jurisdicción de la libertad* también será jurisprudencia constitucional vinculante e intangible. No hay parte alguna de la Constitución que permita semejante conclusión, tanto más si —reiteramos— en el Perú el sistema de control constitucional es mixto, habiendo la Constitución provisto de una serie de instrumentos (de control orgánico y de la jurisdicción de la libertad), tanto en sede judicial cuanto en sede del Tribunal Constitucional, formando un todo, una distribución sistemática y no jerárquica. Nada hay en el texto ni en el espíritu de nuestra actual Carta Constitucional que avale semejante conclusión interpretativa, que en modo alguno beneficia al propio sistema de justicia constitucional peruano y donde este nuevo sojuzgamiento del Poder Judicial —revestido de constitucionalidad— tampoco hace mérito a la reconstrucción de las instituciones democráticas del Perú.

El proceso competencial: ¿un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos? (Una crónica a propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC emitida por el Tribunal Constitucional)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO*
HAROLD CASTILLO VEINTIMILLA**

SUMARIO: I. *Sobre el proceso competencial.* II. *Sobre los conflictos competenciales.* III. *Sobre la actividad jurisdiccional, la cosa juzgada y las atribuciones del Poder Ejecutivo.* IV. *Sobre el proceso competencial seguido entre el Poder Ejecutivo —Mincetur— y el Poder Judicial.* V. «Aclaraciones» a la sentencia del Tribunal Constitucional. VI. *¿Empezó la guerra de las cortes?* VII. *Consideraciones finales.*

I. SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL

El proceso competencial es incorporado por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1993, y está contemplado en el inciso 3 de su artículo 202. En la anterior Carta Magna de 1979 existía un vacío constitucional en relación con los lineamientos que se debían seguir para resolver los conflictos¹

* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)

** Abogado en ejercicio, egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 Desde el punto de vista jurídico, «conflicto» es la oposición de intereses en que las partes no ceden, es el choque o colisión de derechos o pretensiones. Vid. Guillermo CABANELLAS. *Diccionario de Derecho usual*. Bibliografía Omeba, t. 1. Sexta edición, Buenos Aires, 1968, p. 468.

que surgían en cuanto a las competencias que otorgaba la Constitución a los diversos órganos de relevancia constitucional y a los demás órganos del Estado. Asimismo, se desconocía el órgano o ente competente que debía dirimir tales controversias. Vacío que en alguna oportunidad intentó ser cubierto por los justiciables haciendo uso de la entonces denominada acción de amparo o la acción de inconstitucionalidad², pero que, a la larga, resultaron ser procesos inidóneos e ineficaces para tal finalidad, puesto que se requería de un proceso especializado donde, exclusivamente, se diriman dichos conflictos competenciales de índole o relevancia constitucional.

En el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución de 1993, arriba mencionado, se reconoce al Tribunal Constitucional la atribución para resolver los conflictos competenciales surgidos entre los órganos del Estado y los órganos constitucionales. De este modo, establece taxativamente que: «Corresponde al Tribunal Constitucional (...) 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley». Como es de verse, la sumaria redacción de esta competencia hizo necesario que los detalles y pormenores que debía reunir este nuevo proceso constitucional sean desarrollados por el Poder Legislativo.

En un principio la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —Ley N.º 26435— publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de enero de 1995, regulaba al detalle el proceso competencial. Así, el artículo 46 de dicha Ley Orgánica señalaba que: «El Tribunal conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales y que opongán: 1. Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades. 2. A dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí. 3. A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí».

En ese orden de ideas, se publica en el diario oficial *El Peruano* la Ley N.º 28237 —Código Procesal Constitucional— el 31 de mayo de 2004, vigente por *vacatio legis* desde el 01 de diciembre del 2004, que regularía todos los procesos constitucionales establecidos en la Constitución Política de 1993, entre ellos el proceso competencial. Ello se complementa con la derogación de la Ley N.º 26435, mediante la publicación de la Ley N.º 28301 en el diario oficial *El Peruano*, el 23 de julio de 2004, que establecía una nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que regulaba, en estricto, sus competencias y atribuciones, dejando de lado la regulación de los procesos constitucionales al Código Procesal Constitucional.

2 Vid. Samuel B. ABAD YUPANQUI, Jorge DANÓS ORDÓÑEZ, Francisco J. EGUIGUREN PRAELI, Domingo GARCÍA BELAUNDE, Juan MONROY GÁLVEZ, Arsenio ORÉ GUARDIA. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos e Índice Analítico*. Palestra, Lima, 2004, p. 90. Hay una segunda edición, muy mejorada, a cargo de la misma editorial.

En el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, con relación al proceso competencial, se señala lo siguiente: «El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongán: 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí. Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno».

II. SOBRE LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES

Ahora bien, una vez explicada la regulación del proceso competencial en nuestro ordenamiento jurídico, resulta apropiado analizar los principales lineamientos que deben observarse en el referido proceso constitucional, los cuales han sido desarrollados tardíamente en nuestro país, en comparación, por ejemplo, con el ordenamiento jurídico europeo³.

3 En ese sentido, es pertinente observar la doctrina jurídica española, ya que muchas veces el Tribunal Constitucional peruano se detiene a observar el devenir del Derecho Constitucional español, tanto en lo doctrinario como en lo jurisprudencial, lo cual lo podemos observar a lo largo de los fundamentos de sus sentencias. Para tales efectos, vid. F. Javier GARCÍA ROCA. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 48-49. Dicho autor —autoridad en la materia— ya bosquejaba los requisitos conflictuales hace casi cuatro lustros atrás, de la siguiente manera:

«2. Los requisitos conflictuales: elementos

Centrándonos ya en los conflictos entre órganos, la formalización de uno de estos conflictos exige el cumplimiento de determinados requisitos o, lo que es lo mismo, la existencia de algunos elementos:

a) Capacidad para ser considerado como parte o legitimación activa y pasiva (requisito subjetivo).

b) Que exista materia de conflicto (requisito objetivo)

c) De forma auxiliar (conceptualmente), pero no menos imprescindible, debe hablarse también de otros requisitos formales como son haber agotado sin éxito el trámite previo del requerimiento de revocación al órgano presuntamente invasor, y que este requerimiento se hiciera dentro del plazo máximo de un mes desde que llegó a conocimiento del órgano actor la indebida asunción de atribuciones (requisito temporal). Para el planteamiento del conflicto deben precisarse en el escrito los preceptos y las atribuciones que se consideran vulnerados y acompañar certificación de los antecedentes necesarios así como de haber cursado aquél requerimiento previo.

Con respecto a nuestro denominado proceso competencial, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que es procedente la demanda cuando ésta reúne, en suma, dos requisitos indispensables: *a) legitimidad de las partes*, y *b) existencia de un conflicto de competencias constitucionales cierto*⁴.

Se debe tener en cuenta que, conforme lo estipula el Código Procesal Constitucional, existe un conflicto competencial cuando dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (*conflicto positivo*), o cuando ambos órganos constitucionales se consideran incompetentes para tales efectos (*conflicto negativo*)⁵.

Del mismo criterio es el Tribunal Constitucional, pero, a través de su jurisprudencia ha señalado que existen otros casos que se constituyen en conflictos competenciales. De ese modo, en la STC Exp. N.º 0005-2005-PC/TC, establece que existe conflicto competencial cuando un órgano constitucional omite llevar a cabo una actuación, desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional (*conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*).

Asimismo, en tiempo reciente, en la STC Exp. N.º 0006-2006-PC/TC del 12 de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional considera la existencia de un *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, que lo clasifica en tres sub-tipos: *a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, *b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, y *c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión*⁶.

En el *conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia, sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional. En el *conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede

d) Por último, es menester que la causa petendi esté en reivindicar la titularidad de una competencia de que se haya despojado al actor por el órgano que se estima invasor (requisito causal o finalista).

En definitiva, los elementos de estos conflictos son los de sujeto, objeto, causa y forma, legalmente previstos. La existencia de esos elementos transforma toda controversia constitucional en uno de estos procesos conflictuales».

4 Al respecto, vid. la STC Exp. N.º 00003-2005-PC/TC y STC Exp. N.º 00013-2003-PC/TC.

5 Vid. ALFONSO HERRERA GARCÍA: «La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano. (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales)». En: *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. José F. Palomino Manchego (Coordinador), tomo II, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, pp. 1053-1090.

6 STC Exp. N.º 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico 22.

ejercer la suya si no tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional⁷.

Debemos decir que, estos últimos tipos de conflictos constitucionales han sido establecidos a través de la jurisprudencia por el Tribunal Constitucional a fin de sustentar su controvertida anulación de sentencias judiciales con calidad de *cosa juzgada* en el proceso seguido entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo–MINCETUR, como lo veremos más adelante.

III. SOBRE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, LA COSA JUZGADA Y LAS ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

La Constitución Política del Estado indica que es competencia del Poder Judicial impartir justicia a través de sus órganos jerárquicos, la cual administra en exclusividad. Asimismo, se indica incluso que es facultad del Poder Judicial la aplicación del *control difuso* ante la incompatibilidad de una norma con rango legal y la Constitución. Así, señala en el artículo 138 que: «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. En 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».

Las resoluciones o sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, que se pronuncian sobre el fondo, cuando adquieren la calidad de *cosa juzgada* se constituyen en sentencias que bajo ninguna circunstancia pueden incumplirse —salvo que en otro proceso judicial previsto en el ordenamiento jurídico así se declare— ni pueden modificarse sus contenidos normativos para las partes. Por ello son inmutables e irrevisables por otros órganos o instituciones del Estado. En este sentido, la Constitución de 1993 otorga a las sentencias de los órganos del Poder Judicial que han adquirido la calidad de *cosa juzgada* la debida protección cuando indica en su:

- «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.
 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

⁷ STC Exp. N.º 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico 22, segundo párrafo.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

(...».

El mismo desarrollo se da en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, conforme lo establece su propio articulado. Así tenemos:

«Artículo 1.- Potestad exclusiva de administrar justicia.

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.

Artículo 2.- Autonomía e independencia del Poder Judicial.

El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.

Artículo 4.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedi-

mientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución⁸, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular.»

Debemos indicar que, de acuerdo a lo establecido en el inciso 20 del artículo 139 de la Constitución de 1993, si bien todo ciudadano tiene el derecho de dar su opinión y sana crítica frente las resoluciones judiciales que cree que no son conformes a Derecho, ello no le faculta para solicitar que se deje de aplicar dichas resoluciones cuando estas han adquirido la calidad de *cosa juzgada*, toda vez que estas adquieren un carácter de irrevisables y son de obligatorio cumplimiento, constituyendo su contravención un delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, contemplado en el Código Penal.

En ese sentido, si, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, como parte en un proceso judicial, estima que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial han emitido sentencias con calidad de *cosa juzgada* sin respetar la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y están siendo afectados por dichas sentencias —lo que sería en estricto una afectación a la tutela procesal efectiva— tienen el camino expedito para cuestionar las mismas en uso de los instrumentos procesales que la ley le franquea, lo cual no significa que dichas sentencias dejen de ejecutarse, sino hasta su respectiva anulación.

8 Se refiere a la Constitución de 1979.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico permite que el afectado por una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, que supuestamente afecte la Constitución o las leyes, pueda pretender su nulidad ante los órganos del mismo Poder Judicial, siempre y cuando se reúna los requisitos señalados por ley y se usen los recursos procesales que la ley contempla. Tenemos que, tomando el ejemplo anterior, el Poder Ejecutivo puede interponer una demanda de amparo contra las resoluciones judiciales que considera que no han acatado la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, por ende, que no están fundadas en Derecho —lo que constituiría, en estricto, una afectación a la tutela procesal efectiva— tal y conforme lo estipula el Código Procesal Constitucional. Dicha demanda se interpone ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar donde fue dictada y, en última instancia, la resuelve el Tribunal Constitucional.

Así, se denota que, tal y como lo dispone el propio Código adjetivo mencionado, contra una resolución judicial firme —incluidas las sentencias que se pronuncian sobre el fondo y adquieren la calidad de *cosa juzgada*— procede el proceso de amparo si es interpuesto en los términos que dispone el mismo Código, y siempre y cuando se trate de una afectación a la tutela procesal efectiva, siendo la excepción cuando se interpone un amparo contra una sentencia consentida por el mismo actor, por lo que se declarará improcedente.

De lo que se concluye que, cuando se trate de afectación a la tutela procesal efectiva, si una persona no cuestiona una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, no consentida por él mismo, en uso del proceso de amparo —el Código ni la Constitución señalan excepción alguna entre sentencias civiles, contencioso-administrativas, constitucionales, etc.— debe ejecutarse y respetarse —aún en el supuesto de que dicha sentencia sea injusta—, por cuanto el constituyente y el legislador le han querido otorgar la inmutabilidad necesaria a toda sentencia con calidad de *cosa juzgada*, sin diferencia de cualquier índole, a efectos que no se vea afectada la *seguridad jurídica* del Estado.

Además, para pretender la nulidad de una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, tenemos el proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, establecido en el artículo 178 del Código Procesal Civil, donde se cuenta con una estación probatoria rigurosa, a diferencia del proceso de amparo, y cuyos plazos son más extensos para poder determinar si es que la sentencia se emitió de manera fraudulenta o no. Asimismo, en el proceso penal, para que sea declarada la nulidad de una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, el justiciable cuenta con el recurso de revisión, o, en todo caso, con el proceso constitucional de hábeas corpus, siempre y cuando se haya afectado la tutela procesal efectiva y, por ende, la libertad personal de los ciudadanos. Asimismo, por mandato constitucional, puede anularse de oficio una sentencia penal con calidad de *cosa juzgada* si se diera el caso de que se publique una nueva norma favorable al reo o si es que se concediera el derecho de gracia al sentenciado.

Salvo mejor parecer, estos son los únicos recursos con los que se cuentan para que toda persona pueda pretender que se declare nula una sentencia con calidad

de *cosa juzgada*, procesos donde se deberá respetar el derecho de petición y contradicción de las partes, y previo estudio riguroso del caso, por tratarse de una sentencia protegida por la Constitución, se emitirá una sentencia que anulará o no la misma. No usar dichos recursos indica el consentimiento absoluto de dicha sentencia, así sea injusta, y, por ende, ratificaría su ya ganada inmutabilidad e irrevocabilidad. Sin desmedro de ello, la responsabilidad del magistrado que ha emitido una sentencia injusta se verá determinada en las instancias respectivas, lo que no enerva la ejecutabilidad, inmutabilidad e irrevisabilidad de su fallo.

En ese orden de ideas, el artículo 118 de la Constitución Política dispone que la obligación del Poder Ejecutivo —más que criticar e intentar que sean paralizados sus efectos— es cumplir y hacer cumplir las resoluciones judiciales emanadas de los órganos del Poder Judicial. Asimismo, el Legislativo y, excepcionalmente, el Poder Ejecutivo tienen la facultad de emitir normas de carácter general, que tienen vigencia desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano* y, por ende, son de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, el Poder Ejecutivo tiene el deber de hacer cumplir dichas leyes.

Así, cuando una norma es inaplicada en un proceso judicial, con eficacia sólo entre las partes de dicho proceso, el órgano Ejecutivo no se ve mermado en su atribución de hacer cumplir las leyes, puesto que uno de sus deberes es el de hacer cumplir las resoluciones judiciales. El Poder Ejecutivo puede discrepar del fallo judicial, lo cual es su derecho, pero debe acatarlo estrictamente, puesto que el Poder Judicial es el que está facultado para decidir qué es lo justo o lo injusto en las controversias que le hacen conocer los justiciables. Y sus fallos sólo pueden ser revisados por sus órganos jerárquicos, y por el Tribunal Constitucional, únicamente cuando los justiciables han hecho uso de los instrumentos procesales que la Constitución y las leyes les proveen, como lo habíamos señalado antes, lo cual es el sustento de la *seguridad jurídica* en un país.

Y es que, a todo esto, lo que subyace en cualquier ordenamiento jurídico es o debe ser la *seguridad jurídica* que, curiosamente, se ha visto demolida por el fallo del Tribunal Constitucional (Exp. N.º 006-2006-PC/TC), en donde se pretende desconocer los propios carriles por donde transita el modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional.

IV. SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL SEGUIDO ENTRE EL PODER EJECUTIVO —MINCETUR— Y EL PODER JUDICIAL

En este sentido, en el proceso competencial seguido ante el Tribunal Constitucional (STC Exp. N.º 0006-2006-PC/TC) entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo —actuando por intermedio del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo MINCETUR—, el Alto Tribunal ha establecido que: «a criterio del Tribunal en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones por menoscabo, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como

habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de Amparo y de Cumplimiento»⁹.

Es muy discutible este razonamiento argumental, toda vez que fue usado para sustentar la declaración de nulidad de sendas sentencias que habían adquirido la calidad de *cosa juzgada*. En ese sentido, el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente: «Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales: (...) Declarar sin efecto, (...) las siguientes resoluciones judiciales (...)», enumerando un sinnúmero de sentencias que supuestamente habrían contravenido las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional.

Así, entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo —MINCETUR— no existe, en estricto, un conflicto de competencias constitucionales, sino más bien uno de *contenido procesal*, sobre una supuesta e indebida motivación de las resoluciones judiciales y debido proceso por parte de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, como lo habíamos señalado con anterioridad, las competencias constitucionales del Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes del Parlamento lo conminan a velar que en todo el territorio de la Nación, salvo excepción expresa en la ley, sean de observancia obligatoria para los ciudadanos las disposiciones normativas y los mandatos contenidos en la ley. En esa línea de desarrollo, el Ejecutivo es el responsable de llevar adelante su cumplimiento y su ejecución, para lo cual cuenta con toda una organización administrativa.

De otro lado, el Ejecutivo también es el responsable de cumplir y hacer cumplir los mandatos contenidos en las resoluciones del Poder Judicial y, con mayor razón, las sentencias que han adquirido la calidad de *cosa juzgada*. Siendo sus mandatos de observancia obligatoria entre las partes que participaron en el proceso y, además, son irrevisables por órgano distinto. Al Ejecutivo le corresponde velar por el adecuado cumplimiento de los mandatos contenidos en la sentencia, por ejemplo, dotando de personal policial, a través del Ministerio del Interior, para que se cumpla una sentencia ante la desobediencia al mandato judicial.

Ahora bien, la competencia del Poder Judicial reside en impartir justicia a través de sus órganos jerárquicos, adquiriendo sus sentencias la calidad de *cosa juzgada*, cuando se ha pronunciado sobre el fondo del asunto y son firmes, siendo irrevisables en proceso distinto y son de obligatorio cumplimiento. Asimismo, si bien el Poder Ejecutivo tiene el deber de aplicar la ley, se encuentra limitado de

9 STC Exp. N.º 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico 26.

hacerlo cuando una sentencia con calidad de *cosa juzgada* la inaplica a favor una de las partes de un proceso, quien debe total obediencia a dicha sentencia por mandato exclusivo de la Constitución.

Como es de verse, no existe conflicto competencial alguno, puesto que sus competencias son complementarias. El Poder Judicial es el único encargado de establecer qué es lo justo y lo injusto, y sus resoluciones con calidad de *cosa juzgada* son inamovibles, irrevisables y de obligatorio cumplimiento. El Poder Ejecutivo es el órgano político encargado de aplicar las leyes y hacer que se cumplan las sentencias judiciales con calidad de *cosa juzgada*, sin tener que decidir si son justas o injustas.

En todo caso, como lo hemos venido señalando, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, que se pronuncia en última instancia en los procesos constitucionales de la libertad, son los únicos encargados de determinar si una sentencia con calidad de *cosa juzgada* es contraria a la Constitución, a la jurisprudencia vinculante y las leyes, es decir que son contrarias a Derecho —que es un supuesto del derecho constitucional a la tutela procesal efectiva— y, por ende, que dicha sentencia es nula. Ello es posible sólo cuando los justiciables, en este caso el Poder Ejecutivo, hagan uso de los procesos constitucionales de la libertad previstos para tal fin, tal como lo hemos referido líneas arriba.

Sin desmedro de ello, en caso en cuestión, se debe resaltar que la demanda interpuesta por el MINCETUR estaba dirigida contra las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales o instancias del Poder Judicial. Por lo que ésta en realidad estaría interponiéndose contra dichos órganos, lo que convertía a la demanda en improcedente, por cuanto los órganos jurisdiccionales, si bien se rigen y obedecen a la Constitución, no son estrictamente órganos constitucionales u órganos del Estado. En todo caso, sus conflictos de competencia son dirimidos por sus superiores jerárquicos, siguiendo los procedimientos establecidos en las normas, siendo el máximo dirimente la Corte Suprema de Justicia de la República (Poder Judicial).

Es pertinente mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 47/1986, de fecha 17 de abril, F.J. 5), citada por el constitucionalista Javier García Roca, cuando explica aspectos sobre la innecesaria confusión del conflicto competencial con los conflictos de jurisdicción¹⁰: «los órganos en que se expresa el Poder Judicial..., no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son órganos constitucionales a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el Art. 59.3 LOTC y los conflictos posibles entre juzgados y tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo».

Lo mismo ocurre en nuestro sistema jurídico, puesto que determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la materia, tiene su propio

10 Vid. F. Javier GARCÍA ROCA. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Ob. cit., pp. 58-62.

procedimiento establecido tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como en los respectivos códigos adjetivos y de ninguna manera puede ser dilucidada mediante el proceso competencial.

Como es de verse, en el presente proceso, no se cumplía con uno de los supuestos para que sea dilucidada la pretensión vía proceso competencial, toda vez que en puridad no existe conflicto competencial de naturaleza constitucional entre poderes u órganos constitucionales, por lo que era improcedente o infundada en todos sus extremos la pretensión.

Según el Tribunal Constitucional, la demanda planteada por el MINCETUR contra el Poder Judicial en el proceso competencial versaba sobre dos puntos centrales: a) dirimir si el Poder Judicial es competente para otorgar licencias de funcionamiento en materia de casinos y tragamonedas, y b) se declaren nulas e inaplicables las sentencias emitidas por los órganos del Poder Judicial en materia de casinos y tragamonedas¹¹.

Ante esto, debemos precisar que si es que el Poder Judicial, en una o varias de sus sedes, abriera ventanillas de atención al público donde se ofrezcan licencias de funcionamiento de casinos y tragamonedas, de bares, de restaurantes, etc., obviamente que incurriría en una inconstitucional incursión de las competencias del Poder Ejecutivo. Lo cual, no ha ocurrido.

El Poder Judicial, a través de sus órganos, lo que ejerce es la función jurisdiccional, mediante la cual se dirimen diversas pretensiones. Entre ellas, en un proceso conoce materias tales como licencias de funcionamiento de casinos y tragamonedas, de tiendas, de discotecas, etc., donde, respetándose el debido proceso, se pueden llegar a emitir sentencias, las cuales pueden ser impugnadas ante la instancia respectiva por insatisfacción de la parte que lo crea conveniente, terminado el proceso con pronunciamiento sobre el fondo. Dichas sentencias, siempre y cuando queden firmes, llegan a adquirir, sin disputa, la calidad de *cosa juzgada*.

En ese orden de ideas, lo que en realidad pretendió el MINCETUR con el proceso competencial es la declaratoria de nulidad o de ineficacia de las resoluciones sobre casinos y tragamonedas emitidas por el Poder Judicial para su Ministerio. La pretensión de declaratoria de nulidad de las resoluciones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales con la calidad de *cosa juzgada*, que integran el Poder Judicial, no generan un conflicto competencial con el Poder Ejecutivo, por cuanto la nulidad o ineficacia de las sentencias del Poder Judicial están reguladas en los códigos adjetivos o en las disposiciones legales. Y existen para tales fines

11 En los términos del Tribunal es: 1) si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; 2) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales señaladas en el petitorio de la demanda.

vías y medios adecuados para su revisión o declaratoria de nulidad. Al hacerse se atentó contra la *seguridad jurídica*, inclusive, lo cual resulta muy peligroso para el Estado de Derecho.

Para estos fines, lo deseable era que el Poder Ejecutivo se dotara de mejores técnicos legales para que asuman la defensa del Estado, en uso adecuado de los mecanismos que las leyes le franquean, y no tergiversar el objeto del proceso competencial, pretendiendo de manera artificial que se dejen sin efecto sentencias firmes, con calidad de *cosa juzgada*, emanadas por las diversas instancias del Poder Judicial. A nuestro parecer, no es del todo feliz que se haya acudido por el conducto del poder político para resolver una materia de índole o naturaleza estrictamente jurídica.

En esa línea expositiva, en la sentencia Exp. N.º 0006-2006-PC/TC el Tribunal Constitucional para saltar la valla infranqueable de la *cosa juzgada* de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial recurre a una concepción o acepción de la *cosa juzgada* muy particular. El Alto Tribunal distingue, por un lado, la *cosa juzgada formal*, que vendrían a ser las sentencias firmes del Poder Judicial que se pronuncian sobre el fondo. Y, la *cosa juzgada constitucional*, que son aquellas sentencias emitidas en los procesos constitucionales que se pronuncian sobre el fondo de la pretensión respetando la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional, es decir, se pronuncia de: «conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente»¹².

En tal sentido, para el Tribunal Constitucional, las sentencias del Poder Judicial cuestionadas en la demanda competencial no constituyen *cosa juzgada* constitucional en tanto no se sujetan a lo preestablecido por los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional. Esta interpretación se condice completamente con la naturaleza misma de la función jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial y que también es ejercida por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, una sentencia firme que, pronunciándose sobre el fondo del asunto, declara fundada la demanda a favor del demandante en los procesos constitucionales de la libertad, se constituye, *per se*, en *cosa juzgada*. Dicha sentencia, en sí misma, conlleva implícitamente una presunción de constitucionalidad, presunción que sólo puede ser descartada en otro proceso previamente establecido en el ordenamiento jurídico creado para declarar su nulidad, a instancia de la parte afectada por la misma. Esa es la singularidad que ofrece la Constitución de 1979, reafirmada en la de 1993: el sistema dual o paralelo. Hemos de hacer hincapié que

12 STC Exp. N.º 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico 70.

en la Constitución Política no se hace diferencia alguna sobre *cosa juzgada* penal, civil, constitucional, contencioso-administrativa, etc., toda vez que la calidad de *cosa juzgada* es una sola, la cual se adquiere con el consentimiento o con la Ejecutoria, nada más. Hacer diferenciaciones, tal como lo ha realizado el Tribunal Constitucional, es una clara y peligrosísima afectación a la *seguridad jurídica* y deja abierto un camino para que futuros magistrados «interpreten» a sus anchas lo que constituye *cosa juzgada* y lo que no según el momento político imperante, lo cual rechazamos.

Es de precisar que, algunas de las resoluciones que el Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto a través de su sentencia, han sido emitidas con anterioridad a la publicación y entrada en vigencia de su precedente vinculante y que, por la prohibición constitucional de la retroactividad, no pueden ser aplicadas, menos aún en contra de justiciables que no han podido defenderse en el citado proceso competencial.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha sobrepasado sus atribuciones al utilizar un proceso constitucional como medio impugnatorio de sentencias del Poder Judicial, desnaturalizando por completo el proceso competencial, utilizándolo como arma de defensa de su jurisprudencia. Y no se ha percatado que en el expediente seguido con el Exp. N.º 0006-2006-PC/TC no se presentan los requisitos de: a) conflicto constitucional, en tanto existe una pretendida declaratoria de nulidad de sentencias con la calidad de *cosa juzgada*, y b) de legitimación procesal, en tanto los órganos (instancias) jurisdiccionales del Poder Judicial no son órganos del Estado o constitucionales. Por ello, la parte actora —MINCETUR— debió recurrir a otra vía, por ejemplo, el camino del Proceso de Amparo, si fuera el caso.

Además de ello, se demuestra que el Tribunal Constitucional ha forzado la figura para poder declarar fundada una demanda en contra del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta que en la sentencia emitida por el propio Tribunal Constitucional en el proceso competencial signado con el Expediente N.º 0001-2000-PC/TC de fecha 04 de abril del 2001 ya tenía un criterio determinado¹³, lo cual transcribimos:

«(...)

13 Asimismo, el Tribunal Constitucional ha resuelto contradictoriamente con su propia jurisprudencia, donde establecía que se debe total respeto a la independencia judicial, como una condición de albedrío funcional del juez. Vid. la STC Exp. N.º 0023-2003-AI/TC, STC Exp. N.º 2465-2004-AA/TC, entre otras. Del mismo modo, el Tribunal había ratificado con anterioridad la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y, además, había ratificado como efectos de la cosa juzgada la irrevisabilidad, inmutabilidad y ejecutabilidad. Vid., STC Exp. N.º 0454-2004-AI, STC Exp. N.º 4587-AA/TC, STC Exp. N.º 5374-2005-AA/TC, STC Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, STC Exp. N.º 4426-2004-HC/TC, STC Exp. N.º 3959-HC/TC, STC Exp. N.º 0054-2004-AI/TC, entre otras.

Que, respecto a la solicitud de la demandante para que se declaren inejecutables resoluciones judiciales que han resuelto acciones de Amparo interpuestas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí y empresas de transporte público, contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, ordenando se suspendan los operativos policiales, en tanto, ambas municipalidades celebren convenio; aquellas tienen plena validez al haber adquirido autoridad de cosa juzgada, de conformidad al Art. 139 inciso 2) de la Constitución Política, cuyas principales características son la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad; sin perjuicio que las autorizaciones provisionales concedidas deban adecuarse a la Ley N.º 27181».

Por otro lado, la defensa de la jurisprudencia pronunciada por el Tribunal Constitucional se debe hacer dentro de un proceso donde se pueda permitir a las partes aportar todos los medios probatorios suficientes a fin de demostrar que las sentencias emitidas las diversas instancias del Poder Judicial no están de acuerdo con el ordenamiento constitucional y, como tal, lo transgreden. En realidad, la sentencia del Tribunal Constitucional bajo análisis está deficientemente motivada, por cuanto anula en bloque diversas sentencias sin explicar estrictamente cómo es que en cada proceso se ha violentado la normatividad y los precedentes vinculantes. Tal aserto no es el previsto para anular las sentencias, y, además, se ha recortado el derecho de defensa de cada magistrado, no permitiendo que se apersonen al proceso para fundamentar su contradicción a la demanda. Sí se hubiera interpuesto un proceso de amparo o de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, la cosa sería totalmente distinta.

En ese sentido, ¿podrá el Tribunal Constitucional aclarar cómo es que ha declarado nula una sentencia emitida por la Juez Roxana Jiménez Vargas-Machuca del 63 Juzgado Penal de Lima (Exp. N.º 2153-2004) que no contenía control difuso alguno, ni iba contra algún precedente vinculante del Alto Tribunal, ni tampoco se trataba de autorizaciones de funcionamiento, ni exoneraciones tributarias, ni impedimentos de fiscalización a los casinos y tragamonedas? Debemos precisar que todas las sentencias declaradas nulas implicaban el ejercicio de control difuso y la ruptura con precedentes previamente establecidos. Sin embargo, dicha situación no sucede en demandas como la resuelta por la Juez Roxana Jiménez Vargas-Machuca, interpuesta por Inversiones KNN S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR, donde la sentencia de la citada magistrada implicó, en el mejor de los casos, amparar un derecho constitucional del demandante, lo que fue confirmado por la Sala Superior correspondiente. No se presentó en ese caso el control difuso, ni tampoco vulneración de algún precedente vinculante del Tribunal Constitucional, por lo que acrecienta aún más la incertidumbre.

En fin, reiteramos que no se puede recurrir a un proceso competencial, donde se estudia principalmente las atribuciones de cada órgano en relación al sistema

constitucional, y hacer un juicio de abstracción general basándose exclusivamente en la no observancia de la jurisprudencia vinculante. Cuando, por las circunstancias del caso, los presupuestos fácticos pueden ser diferentes a los que sirvieron de base o fundamento para la dación o creación del precedente vinculante, lo cual debería haber sido analizado en los procesos especializados para tal fin, respetándose los derechos a la tutela procesal efectiva¹⁴.

V. «ACLARACIONES» A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para darnos luces sobre la problemática propuesta, transcribimos a continuación un extracto del controvertido fallo del Tribunal Constitucional:

«V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales:

- (...)
- Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional.

2. Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:

14 En el artículo 4 del Código Procesal Constitucional se establece qué se entiende por tutela procesal efectiva: aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

- La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, (...).
 - La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, (...).
 - La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, (...).
 - La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N.º 2153-2004) seguido por Inversiones KNN S.A. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.
 - (...).
3. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de abril de 2006».

En ese sentido, el 28 de marzo de 2007, el Procurador Público del Poder Judicial plantea unas sumamente interesantes interrogantes, a efectos que el Tribunal Constitucional aclarara la sentencia en cuestión. Con relación a las sentencias declaradas nulas, los extremos de la aclaración eran las siguientes:

- a) Que aclare a qué resoluciones judiciales se refiere en forma expresa cuando indica que son nulas todas aquellas otras resoluciones que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia N.º 009-2001-AI-TC y 4227-2005-AA/TC,
- b) Cuáles eran los efectos de la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales señaladas por el Tribunal Constitucional, y
- c)Cuál es la situación procesal de las resoluciones en las instancias superiores recaídas en los procesos en los cuales se ha declarado la nulidad.

Asimismo, con respecto a las resoluciones judiciales declaradas sin efecto, se solicitó que se aclare los siguientes extremos:

- a) La motivación para declarar sin efecto, específicamente las resoluciones dictadas en los expedientes N.º 408-97 de fecha 12 de setiembre de 1997, N.º 1265-97 del 22 de mayo de 1998 y la N.º 0302-2001 de fecha 21 de setiembre de 2001, teniendo en cuenta que las sentencias vinculantes N.º 0009-2001-AI/TC y la N.º 4221-2005-AA/TC fueron emitidas con posterioridad a la emisión de dichas sentencias,
- b) Se precise que órgano jurisdiccional debe resolver la consulta aludida en la sentencia.

De otro lado, el Procurador del Poder Judicial hizo mención a la sentencia emitida en el expediente N.º 2153-2004 emitido por el 66 Juzgado Civil de Lima, que fuera declarada sin efecto, indicando que en ella no se había contravenido la jurisprudencia vinculante aludida por el Tribunal Constitucional, es más, que ni siquiera

se aplicó el control difuso, y que la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima había confirmado, en su debida oportunidad, la sentencia en cuestión.

Dicha solicitud de aclaración fue declarada improcedente por el Tribunal Constitucional, mediante la resolución de fecha 23 de abril del 2007, en la cual, de manera reiterativa, defiende su sentencia transcribiendo párrafos de la misma, ratificando sus puntos de vista. Pero, sobre las aclaraciones, indica, sin mayor fundamentación, que la sentencia en cuestión no precisa aclaración alguna. Con lo que no hace más que acentuar la controversia y, a nuestro parecer, pierde una importante oportunidad para pronunciarse sobre puntos evidentemente conflictivos.

Del mismo modo, en fecha 25 de mayo de 2007, doña Roxana Jiménez Vargas-Machuca, jueza del Sexágésimo Juzgado Civil de Lima, presentó ante el Tribunal Constitucional el pedido de aclaración de la sentencia en cuestión, indicando que la resolución que ella expidió en el proceso de amparo N.º 2153-2004 no se comprende conjuntamente con las resoluciones judiciales declaradas sin efecto por el Tribunal Constitucional en su sentencia, argumentando que en su labor jurisdiccional en dicho proceso de amparo nunca realizó control difuso de las normas consideradas constitucionales ni contravino precedentes vinculantes establecidos por este Colegiado, limitándose a analizar la aplicación de leyes en el tiempo de acuerdo a los actos propios de la administración derivados de la apertura del expediente administrativo N.º 01129-2000.

El Tribunal Constitucional, declara no ha lugar la solicitud de aclaración, mediante la resolución de fecha 18 de mayo de 2007, toda vez que, de acuerdo a su criterio, su pedido «deberá ser evaluado por la Corte Suprema de Justicia de la República conforme a las potestades que la Constitución y la Ley Orgánica le confieren, si existió control difuso por parte de la recurrente e inobservancia de los efectos normativos y precedente vinculante establecidos en las SSTC Exp. N.º 009-2001-AUTC y 4427-2005-AA/TC, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la República debe aún pronunciarse como lo dispone la sentencia de este Tribunal y el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». Es decir, evidencia que en su caso no realizó una valoración suficiente para determinar si es que había contravención al precedente vinculante o uso del control difuso de manera indebida, sino que le encarga al Poder Judicial lo que por mínimamente tenía que realizar para poder dejar sin efecto la sentencia. Con dicha aclaración, lo único que logra es poner en evidencia que no se realizó una debida motivación de la sentencia, debido, entre otras cosas, a que no se permitió el uso del derecho de defensa a cada magistrado que dictó las sentencias anuladas o dejadas sin efecto, y debido, además, de que el proceso competencial no es el proceso destinado para tal fin.

En ese mismo orden de ideas, la misma parte demandante, el MINCETUR, que fuera favorecida por el fallo del Tribunal Constitucional, encontró puntos dudosos en la controvertida sentencia. Así, en su solicitud de aclaración de fecha 29 de marzo de 2007, ésta solicita que se aclare la sentencia por cuanto, a su juicio, no expresa taxativamente si la declaratoria de nulidad sugiriría una nueva intervención del órgano jurisdiccional para que se pronuncie nuevamente en estos

procesos judiciales, y si ello es así, en qué forma deberá conducirse el órgano jurisdiccional de la judicatura.

El Tribunal Constitucional, mediante su resolución de fecha 4 de abril de 2007, declara improcedente la solicitud de aclaración, toda vez que «considera pertinente que es al Poder Judicial a quien le corresponde, de conformidad con el artículo 138 y 139 de la Constitución, establecer los mecanismos procesales pertinentes para dar pleno cumplimiento a la sentencia de autos; considerando para ello, como es evidentemente, tanto la sentencia Exp. N.º 009-2001-AI/TC, como el precedente vinculante establecido en la sentencia Exp. N.º 4227-2005-AA/TC». Con lo que se ha creado una incertidumbre jurídica y se ha mermado las atribuciones del Poder Judicial y —algo muy delicado— la santidad de la *cosa juzgada* y la *seguridad jurídica* de nuestro país.

VI. ¿EMPEZÓ LA GUERRA DE LAS CORTES?¹⁵

Uno de los temas que más incidencia se tiene en las actuales circunstancias es el relativo al control constitucional. Ha-biendo transcurrido cinco lustros de la implantación del modelo dual o paralelo, resulta pertinente hacer un balance global de la función tuitiva y operatividad que han tenido el Tribunal Constitucional («intérprete supremo») y el Poder Judicial (juez ordinario), sobre la base de las relaciones entre ambos órganos —como también ha sucedido con el Poder Legislativo— a las que se han calificado de «tensiones», «conflictos», «fricciones», «invasiones»¹⁶, o «guerra de las cortes»¹⁷, metáfora esta última que se utilizó para referirse

15 Ya habíamos esbozado unas ideas de lo que exponemos en una ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, desarrollado durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la cual ha sido publicada en Perú. Vid., Domingo García Belaunde (Coordinador) *Constitucionalismo y Derechos Humanos*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, pp. 151-169.

16 Para nuestros efectos, vid. los trabajos que se incluyen en Eliseo Aja (Editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998. También Jesús María SANTOS VIJANDE. «Doctrinas» y *jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Comares, Granada, 1995. Antecede Prólogo de Andrés de la Oliva Santos. De igual forma se pueden consultar las ponencias aparecidas en Ramón PUNSET BLANCO y Jesús SANTOS VIJANDE. *Jurisdicción Ordinaria y Tribunal Constitucional*. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996; y en el colectivo a cargo de Gerardo RUIZ-RICO RUIZ. *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997. Vid., en el mismo sentido, el reciente trabajo de Marina GASCÓN ABELLÁN. «Los límites de la justicia constitucional». En: *Temas Procesales*. N.º 25, Bogotá, 2001, pp. 53-64.

17 Vid., por ejemplo, Rosario SERRA CRISTÓBAL. *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1999. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

a las relaciones conflictuales que se suscitaron en los años sesenta y setenta del siglo XX entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* italianas.

En ese sentido, el control constitucional como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional (Sagüés lo denomina el *alma mater* de la disciplina) camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional. Con lo cual, la Constitución adquiere su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico. Por lo demás, no se puede concebir ni analizar el control constitucional si es que no se toma en cuenta su génesis histórica. Los órganos constitucionales que interpretan y diseñan la constitucionalidad (ora el Tribunal Constitucional, ora el Poder Judicial) no deben extralimitarse en su función y rol protagónico, para evitar caer en contradicciones.

Ahora bien, la sentencia (Exp. N.º 0006-2006-PC/TC) del Tribunal Constitucional peruano analizada, afecta gravemente las competencias y atribuciones del Poder Judicial, lo cual nos trae a reflexión y salida legal lo sucedido entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* italianas, donde se presentó una verdadera guerra de cortes. No sería extraño que el Poder Judicial deje de lado la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que, so pretexto de ser el máximo intérprete de la constitucionalidad, ha tergiversado lo establecido en la Constitución, en el Código Procesal Constitucional y en su jurisprudencia (como fuentes del Derecho Constitucional). Y ha determinado que el proceso competencial, de ahora en adelante, podrá servir para anular sentencias con calidad de *cosa juzgada*, lo que ciertamente es excesivo y fórmula peligrosa para el fortalecimiento Estado de Derecho. ¡El Poder Judicial tiene la palabra¹⁸!

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como es de observarse, en el presente proceso no existió conflicto competencial alguno, por lo que el Tribunal Constitucional desde un inicio al calificar la

18 En ese sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, frente a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 006-2006-PC/TC, materia de análisis, en defensa de la autonomía jurisdiccional y de la independencia de este Poder del Estado, ha rechazado enérgicamente la aludida sentencia mediante el Comunicado de Prensa dirigido a la colectividad y a las diversas instituciones, publicado en el Diario *El Comercio* el día lunes 22 de abril de 2007. Asimismo, los Presidentes de las 29 Cortes Superiores de Justicia de la República, el día 21 de abril del 2007, reunidos en la Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, con ocasión del Taller Central para la formulación del Presupuesto Institucional 2008, han emitido la Declaración de Lima, publicada en el Diario «El Comercio» el 24 de abril de 2007, por la cual expresan su desacuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el proceso competencial Exp. N.º 006-2006-PC/TC, al considerar que la misma conculca la autonomía del Poder Judicial, e independencia de los Magistrados de la República en el ejercicio de sus funciones.

demanda se ha excedido en sus funciones y ha manipulado el proceso competencial para declarar nulas las sentencias con calidad de *cosa juzgada* emitidas por el Poder Judicial, sin tener en cuenta que para el logro de la pretensión del demandante existen vías adecuadas e idóneas que resuelven estos problemas de índole procesal, y no competencial.

Lo pronunciado por el Tribunal Constitucional resulta muy delicado para el Estado peruano, por cuanto, se puede caer en responsabilidad internacional por la contravención a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que, al anularse las sentencias con calidad de *cosa juzgada*, emitidas en sendos procesos de amparo y cumplimiento, se ha limitado la ejecución de resoluciones emitidas en uso de recursos sencillos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en el presente caso de terceras personas.

Asimismo, el Tribunal Constitucional al haber emitido un fallo anulando las citadas sentencias en un proceso que no estaba propuesto para tal fin, sin previamente escuchar la defensa de los magistrados con relación a sentencias supuestamente inconstitucionales y sin citar siquiera a los beneficiarios de dichas sentencias para que realicen sus defensas, ha contravenido los principios y derechos de la función jurisdiccional (garantías judiciales) que se deben respetar en todo proceso. Por citar un ejemplo, el derecho a la defensa.

Dichos derechos fundamentales a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva están establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen:

«Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...).

«Artículo 25. Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

- b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

Todos estos fundamentos no hacen más que llevarnos a la conclusión que el Estado peruano, por el conducto del Tribunal Constitucional, ha transgredido la Convención Americana de Derechos Humanos. En estricto, lo establecido en su artículo 1 que dispone que: «Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.» Lo cual, indefectiblemente, acarreará responsabilidad internacional del Estado peruano por la contravención a los pactos internacionales suscritos, lo cual hubiera podido evitarse.

¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*

SUMARIO: I. Introducción. II. Posición del Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el proceso competencial examinado. III. Algunos presupuestos del análisis. IV. Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional. V. Conclusiones finales. VI. A modo de epílogo: El activismo de un Súper Tribunal

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia al Exp. N.º 0006–2006–PC/TC pretende ser una respuesta a un complejo problema que a sus importantes dimensiones jurídico constitucionales, hay que añadirle necesariamente una dimensión social. La respuesta dispensada por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) al funcionamiento de una serie de empresas dedicadas a la explotación de casinos y tragamonedas que operaban al margen de algunas o todas de las exigencias de la Ley N.º 27153 y de la Ley N.º 27796 ha sido categórica y prácticamente no deja espacio a duda ninguna: si quieren operar deben ajustar su funcionamiento a las disposiciones legales. A primera vista se puede concluir que en la medida que se trata de un intento de favorecer la aplicación de la ley, nada más que aplausos puede recibir una respuesta como esta.

* Investigador contratado doctor, Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña (España). Profesor de la Universidad de Piura (Perú).

Sin embargo, bien pocas son las situaciones cuya claridad permite quedarse con la primera impresión. Desde luego, el caso cuyo análisis se abordará a lo largo de estas páginas no es una de esas situaciones. En efecto, el problema no ha sido solamente la existencia de empresas que explotaban juegos y casinos al margen de las mencionadas leyes, sino que el problema —acaso el más importante desde una óptica institucional— ha sido precisamente que esa operatividad se ha producido gracias a sentencias emitidas por jueces del Poder Judicial, muchas de ellas confirmadas por vocales de Salas Superiores e incluso de Salas Supremas. Y este es el problema más importante porque si los magistrados del Poder Judicial se han apartado de la Constitución, de la Ley y de las sentencias del Tribunal Constitucional para permitir el funcionamiento de los casinos y máquinas tragamonedas, y lo han hecho de modo manifiestamente ilegítimo e inconstitucional —como afirma el Tribunal Constitucional que ha ocurrido— entonces es posible que nos hallamos ante una de las más importantes manifestaciones de ignorancia y/o de corrupción colectiva en el Poder Judicial de los últimos tiempos.

Puesta así la cuestión, y aunque la realidad supera muchas veces la imaginación, cuesta creer que las sentencias declaradas nulas o dejadas temporalmente sin efecto por el Tribunal Constitucional a través de su sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC, hayan sido emitidas y/o confirmadas por magistrados ignorantes y/o por magistrados corruptos. Cuesta creerlo y mucho, no sólo porque entonces tendríamos que cuestionar la honestidad y preparación de concretos magistrados en todos los niveles judiciales (de primera instancia, de segunda instancia y de la Suprema Corte), sino porque una vez más tendríamos que cuestionar —y muy seriamente además— el sistema judicial en su conjunto, empezando por quienes tienen el encargo de seleccionar y nombrar a los jueces y magistrados en el Perú y siguiendo por la Oficina de Control de la Magistratura.

Frente a esta incredulidad, conviene analizar desde una óptica estrictamente jurídica la mencionada sentencia EXP N.º 0006–2006–PC/TC. Y ello con la finalidad de establecer si en realidad el ejercicio de la función jurisdiccional desarrollada por los magistrados que tuvieron en sus manos demandas constitucionales referidas a empresas que explotaban juegos, casinos y máquinas tragamonedas, ha sido —por usar nuevamente la terminología empleada por el Tribunal Constitucional— ilegítima e inconstitucional, o, por el contrario, es posible encontrar una justificación —constitucional también— a la actuación de los referidos magistrados. Esta es la finalidad que anima y el objetivo que se intentará alcanzar con este trabajo.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL EXAMINADO

1. Una demanda competencial declarada fundada

En su sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC, el Tribunal Constitucional resuelve una demanda competencial interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio

de Comercio Exterior y Turismo) contra el Poder Judicial por considerar que éste ha afectado

«las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo por los artículos 118, incisos 1 y 9, y 121 y 128 de la Constitución, y, como consecuencia, (1) determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; y (2) declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas que contravienen dichos pronunciamientos»¹.

El Tribunal Constitucional ha declarado fundada esta demanda constitucional y como consecuencia de ello ha declarado nulas una serie de resoluciones judiciales e ineficaces otras (mientras dure la consulta a la Corte Suprema). La razón principal de que el mencionado Tribunal haya decidido lo que ha decidido es porque

«el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento»².

2. Los argumentos del Tribunal Constitucional

La atribución de inconstitucionalidad e ilegitimidad al ejercicio de la función judicial llevada a cabo por los jueces y magistrados del Poder Judicial a la hora de declarar fundadas las distintas demandas de amparo o de cumplimiento, se justifica —a decir del Tribunal Constitucional— por una serie de razones.

De modo general, y en primer lugar, para el Tribunal Constitucional los jueces y magistrados del Poder Judicial han contravenido lo dispuesto en los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional. Como se sabe, de estos preceptos brotan una serie de deberes para los jueces y magistrados del Poder judicial, deberes que están relacionados a otros tantos tipos de productos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional como se pondrá de manifiesto más adelante³.

1 Exp. N.º 0006–2006–PC/TC, de 13 de febrero de 2007, punto 1 de los antecedentes.

2 Ídem, fundamento 26.

3 Cfr. apartado III.2 de este trabajo.

Más concretamente y como segunda razón, que los jueces del Poder Judicial han incumplido la obligación de aplicar una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad queda patente —a decir del mismo Tribunal— en el hecho de que los magistrados que resolvieron las demandas de amparo y de cumplimiento referidas a juegos y casinos, han inaplicado preceptos de la Ley N.º 27153 cuya constitucionalidad fue confirmada en la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC. Así,

«[e]sta Ley fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de una demanda de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38, inciso 1, 39, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1 de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones»⁴.

De igual forma, como tercera razón, que los magistrados del Poder Judicial han actuado al margen del precedente vinculante queda manifestado —siempre a decir del Tribunal Constitucional— cuando ellos resolvieron diversas cuestiones relacionadas a los juegos y casinos apartándose del precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N.º 4227–2005–PA/TC. Recuerda este Tribunal que:

«en dicha sentencia, estableció un precedente vinculante, cuyo tenor es el siguiente: al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009–2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014–2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052–2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional —que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad—, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas»⁵.

En vista de que, como cuarta razón, las distintas sentencias emanadas de los jueces y vocales del Poder Judicial han sido emitidas contraviniendo la sentencia del Tribunal Constitucional que había confirmado la constitucionalidad de la Ley

4 Exp. N.º 0006–2006–PC/TC, citado, fundamento 30.

5 Ídem, fundamento 31.

N.º 27153, y la que había establecido el precedente vinculante de aplicar la Ley N.º 27796, es decir, en la medida que han contravenido los artículos VI y VII CPConst., entonces, no es posible que las mencionadas sentencias judiciales estén favorecidas por la calidad de inmutabilidad que atribuye la condición de cosa juzgada. Por esta razón, a decir del Tribunal Constitucional, no existe impedimento alguno para revisar todas las resoluciones judiciales que sobre casinos y tragamonedas hayan sido expedidas y, eventualmente, declararlas nulas. Según el referido Tribunal:

«es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada»⁶.

3. La configuración del conflicto de competencias

Con base en estas razones el Tribunal Constitucional ha concluido que el Poder Judicial se ha extralimitado en el ejercicio de su función al haber interferido en las competencias propias del Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo). Así, con respecto al artículo 118.1 CP ha dicho el mencionado Tribunal que

«la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce»⁷.

Mientras que respecto del artículo 118.9 CP ha manifestado que

«la estimación de las demandas de amparo y de las demandas de cumplimiento por parte [del] Poder Judicial desconociendo los efectos normativos de las sentencias aludidas *supra*, menoscaba la atribución constitucional que la Constitución (artículo 118, inciso 9) le reconoce al Poder Ejecutivo; en otros términos, se ha configurado una mengua en las atribuciones constitucionales del primero con respecto a las atribuciones constitucionales de este último»⁸.

6 Ídem, fundamento 69.

7 Ídem, fundamento 34.

8 Ídem, fundamento 54.

4. Planteamiento de las cuestiones

En síntesis, son estos los presupuestos y la solución a la que arriba el Tribunal Constitucional respecto de la demanda competencial que se resuelve en la sentencia que ahora se comenta. Estas serán el objeto del análisis en este trabajo, análisis que irá dirigido a establecer si —como afirma el mencionado Tribunal— efectivamente ha habido un ejercicio inconstitucional de la función jurisdiccional por parte de los jueces a la hora de resolver las demandas constitucionales de amparo y de cumplimiento referidas al funcionamiento de juegos y casinos.

Para ello será necesario responder de modo previo a la siguiente cuestión: ¿podía el Tribunal Constitucional entrar a evaluar la constitucionalidad de las sentencias judiciales que resuelven las mencionadas demandas constitucionales que finalmente termina anulando o dejando sin efecto? Esto enlaza directamente con el carácter inmutable de la cosa juzgada, por lo que esta pregunta puede quedar reformulada de la siguiente manera: las sentencias firmes de los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento ¿estaban beneficiadas de la calidad de inmutabilidad propia de la cosa juzgada? Si la respuesta llegase a ser afirmativa, entonces el análisis de la sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC tendría que finalizar ahí, porque se habría configurado una manifiesta extralimitación del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su competencia al contradecir el principio de cosa juzgada (artículo 139.2 CP). Por el contrario, si la respuesta a la que se llega es que las sentencias constitucionales cuestionadas no tenían atribuido el carácter de inmutabilidad propio de la cosa juzgada, entonces será necesario plantear dos cuestiones adicionales. La primera de ellas está dirigida a determinar si efectivamente se ha infringido el deber de aplicar preceptos legales declarados constitucionales en la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC⁹; y la segunda a determinar si realmente se ha infringido el deber de aplicar el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N.º 4227–2005–PA/TC¹⁰.

Si se llegase a confirmar que efectivamente los jueces del Poder Judicial han contravenido estas dos sentencias, y que —por tal razón— es posible volverlas a cuestionar e invalidarlas, entonces nada se podrá objetar a la decisión del Tribunal Constitucional de dejar sin efecto las sentencias judiciales que declaran fundadas demandas de amparo y de cumplimiento en asuntos referidos a las empresas que explotan juegos y casinos. Si, por el contrario, no se llegase a confirmar las razones que da el Tribunal Constitucional para considerar inconstitucionales las sentencias judiciales dejadas sin efecto, entonces convendrá dar un paso más para intentar una reflexión global sobre su actuación. Pero antes de abordar cada una de estas tres cuestiones es necesario dejar manifestados algunos presupuestos que servirán de base a los razonamientos que se presentarán a lo largo de estas páginas.

9 Cfr. apartado IV. 2 de este trabajo.

10 Cfr. apartado IV.3 de este trabajo.

III. ALGUNOS PRESUPUESTOS DEL ANÁLISIS

1. El Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución

Como se sabe, a partir de la finalización de la segunda guerra mundial fue abriéndose paso en la Europa continental —especialmente desde el Derecho público alemán— un nuevo modo de entender el Estado de Derecho, con base en un nuevo modo de entender la Constitución. Se pasó del Estado legal de Derecho hacia el Estado constitucional de Derecho¹¹. Si bien uno y otro tienen en común el hecho de que el poder político como elemento del Estado es considerada como una realidad limitada en tanto sujeta al Derecho, sin embargo, se diferenciaban por la pieza a partir de la cual se construía el Derecho y su dogmática. Así, en el primero —que había estado vigente durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX— fue la Ley¹², y en el segundo la Constitución¹³.

Para la Constitución, como pieza clave del Estado constitucional de Derecho, tiene una serie de características, de las que se han de destacar las siguientes. En primer lugar, es una norma jurídica, es decir, la Constitución no es más una mera declaración de buenas intenciones o poesía constitucional (*Verfassungsslyrik*), sino que se asume como una realidad que vincula —y obliga— efectivamente a sus destinatarios (el poder político y los particulares)¹⁴. En segundo lugar, es el fundamento del ordenamiento jurídico, de modo que la validez y eficacia jurídica del entero ordenamiento jurídico dependerá de su ajustamiento a la Constitución¹⁵, de modo que la Constitución se presenta como una Constitución rígida. En tercer lugar, contiene los valores que conforman el acuerdo básico de una sociedad, de modo que recoge los fines u objetivos cuya consecución ha acordado una determinada comunidad, que permite hablar incluso de orden jurídico materializado (*materialisierte Rechtsordnung*)¹⁶ por valores. En cuarto lugar, sus disposiciones son

11 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 17–45.

12 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003, pp. 65–80.

13 FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y futuro del Estado de derecho». En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, pp. 13–20.

14 Para un estudio de los factores que contribuyeron a la concepción de la Constitución como una realidad normativa en Europa puede verse ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 176–184.

15 Así, «[l]a ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución». ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, sétima edición, Trotta, Madrid 2007, p. 34.

16 HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Quinta edición, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, p. 300.

generales y abiertas, necesitadas —por tanto— de concreciones¹⁷.

En este contexto ha sido posible y necesaria la implantación de una jurisdicción constitucional, a través de la cual al menos se consiguieran los dos siguientes objetivos: primero, vigilar que la Constitución rigiese efectivamente como norma jurídica fundamental; y segundo, establecer las concreciones y determinaciones de los preceptos constitucionales, necesarias para una vigencia efectiva de la Constitución. Esta jurisdicción constitucional está encargada —en tanto que comisionados del Poder Constituyente—¹⁸ tanto a los jueces del Poder Judicial como al Tribunal Constitucional. De modo general, que tendrá que particularizarse en cada sistema jurídico concreto, el Tribunal Constitucional tiene una posición privilegiada tanto sobre el control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, como sobre la determinación de los preceptos constitucionales¹⁹.

Este fenómeno, conocido normalmente con el término *neo-constitucionalismo*²⁰, no ha pasado de largo al ordenamiento jurídico peruano. En efecto, es posible hablar también de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano. Así, la Constitución peruana cumple al menos con las cuatro características mencionadas anteriormente que se han de reconocer en una Constitución de un Estado constitucional de Derecho²¹: la Constitución peruana se ha reconocido así misma como norma jurídica efectivamente vinculante a los poderes públicos y a los particulares (artículos 38 y 45)²², y como norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico (artículo 51 CP)²³, que se reforma a través de un procedimiento

17 ALEXY, Robert. «Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático». En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*, Trota, Madrid, 2003, p. 35.

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 197–205.

19 No parece exagerada, en esta línea, la afirmación de Smend respecto de la Ley Fundamental de Bonn: «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.

20 Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Citado, 2003, pp. 101–102.

21 Para un breve estudio de éstas y otras condiciones para la constitucionalización de un ordenamiento jurídico cfr. GUASTINI, Riccardo, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso Italiano». En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trota, Madrid, 2003, pp. 50 y ss.

22 Como ha reconocido el TC, la Constitución «constituye el fundamento de todo el 'orden jurídico' y la más importante fuente normativa» (Exp. N.º 0047–2004–AI/TC, de 24 de abril de 2006, fundamento 10); consecuentemente, «actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*». Exp. N.º 0014–2003–AI/TC, de 5 de diciembre de 2003, fundamento 21.

23 Consecuentemente, habrá que admitir con el TC en que «la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de

diferente al procedimiento legislativo (artículo 206 CP); así mismo los dispositivos constitucionales reúnen los valores de la comunidad peruana²⁴ (valores como el respeto de la dignidad de la persona humana —artículos 1 y 3 CP—; la igualdad —artículo 2.2 CP—; la justicia —artículo 44 CP—; y la solidaridad —artículo 14 CP—)²⁵; y, en fin, se ha encargado la jurisdicción constitucional tanto a los jueces del Poder Judicial como al Tribunal Constitucional (artículos 138 y 202 CP)²⁶.

De entre estos dos encargados de la jurisdicción constitucional en el Perú, el Tribunal Constitucional tiene una posición preferente²⁷. Esta posición preferente se manifiesta no sólo en las mayores facultades que respecto de los jueces del Poder Judicial tiene asignado el referido Tribunal (la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la resolución de los conflictos de competencias), sino que incluso en las competencias que comparte con los jueces del Poder Judicial, actúa como instancia última (procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data). Esto hace del Tribunal Constitucional el Supremo velador de la Constitución, y en la medida que velar por la Constitución exige interpretarla, se convierte también en el Supremo intérprete de la Constitución (artículo 202 CP y artículo 1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)²⁸.

tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)». Exp. N.º 0020–2005–PI/TC y Exp. N.º 0021–2005–PI/TC (acumulados), de 27 de septiembre de 2005, fundamento 19.

- 24 Acierta el TC cuando afirma que la Constitución es la «norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe». Exp. N.º 014–2002–AI/TC, de 21 de enero de 2002, fundamento 64.
- 25 Ha dicho el TC que «la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo». Exp. N.º 976–2001–AA/TC, de 13 de marzo del 2003, fundamento 5.
- 26 La jurisdicción constitucional no ha sido encargada a la Administración pública como mal ha entendido el TC. Al respecto cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?* En: *Diálogo con la jurisprudencia*, noviembre 2006, pp. 31–45.
- 27 Resulta conveniente «preguntarse si en el caso peruano se puede establecer alguna jerarquía entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional en tanto que ‘Comisionados del poder constituyente’. La respuesta a esta pregunta no es otra que afirmar una supremacía del citado Tribunal sobre los jueces ordinarios en lo que se refiere al control de la efectiva vigencia de la Constitución. Esto es así, no sólo porque la Constitución llama expresamente *controlador de la Constitución* sólo al Tribunal Constitucional; sino también —y principalmente—, por los mayores poderes que para el cumplimiento del encargo tiene éste respecto de los jueces ordinarios». CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006. Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, p. 900.
- 28 Esta consideración del TC como Supremo intérprete de la Constitución también se constata en otras jurisdicciones constitucionales. Por ejemplo en la española, en la

En este contexto, entonces, es posible y necesario reconocer con carácter general una vinculación de los jueces del Poder Judicial y de los restantes operadores jurídicos, a los criterios interpretativos que respecto de los dispositivos de la Constitución se recogen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si hay que admitir que este Tribunal es el órgano de control de la Constitución (artículo 201 CP), y supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 LOTC), habrá que admitir también que es el encargado de establecer lo que es constitucional y lo que no lo es, y de establecerlo con carácter supremo, de lo contrario su labor de control no sería eficaz o —lo que sería peor— sería una función vaciada de contenido. Sin duda que hay que reconocer «el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos»²⁹. Aceptar esta vinculación no tiene —no debería tenerlo— problema alguno³⁰. El problema se presenta cuando se ha de dar contenido a esa vinculación. Es decir, cuando se intenta responder la pregunta siguiente: ¿cuál es el grado y el alcance de la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional? A esta pregunta se intentará dar respuesta inmediatamente.

2. La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Para determinar en el sistema jurídico peruano la vinculación de los operadores jurídicos, en particular de los jueces, a las sentencias del Tribunal Constitucional se ha de partir de lo dispuesto en los artículos VI y VII del CPConst. No es este el lugar en el que convenga realizar un exhaustivo análisis de la significación de los mencionados preceptos³¹. Sin embargo, y de modo general, sí es preciso

que su TC se ha reconocido como «el supremo intérprete de la Constitución y, por consiguiente, quien debe determinar en última instancia el contenido de los derechos que la Constitución garantiza (STC 185/1989, de 13 de noviembre, fundamento 1); lo mismo que en la alemana, cuyo TC se ha reconocido «*als maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung* [decisivo intérprete y protector de la Constitución]». BVerfGE 40, 88 (93).

29 Exp. N.º 0004–2004–CC/TC, de 31 de diciembre de 2004, fundamento 19.

30 Por eso no parece acertar la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del Perú cuando en referencia a la sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC, afirma que «[l]a sentencia del Tribunal Constitucional, inadmisibles en su esencia y contenido, intenta vanamente justificar su decisión en afirmaciones tan erradas como el de una supuesta relación de jerarquía —y no de competencia— entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional» (Comunicado publicado en diferentes diarios peruanos el 22 de abril de 2007). Y es que si bien no existe una jerarquía institucional u orgánica, sí la hay —y a favor del TC— en el ejercicio de interpretar y concretar la Constitución.

31 Un análisis extenso se puede encontrar en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional». En: FERRER MAC–GREGOR, Eduardo (coord.) *La*

realizar algunas reflexiones. Habrá que empezar reconociendo que en estos dispositivos se han recogido tres distintos productos interpretativos jurisprudenciales del Supremo intérprete de la Constitución, cada uno de los cuales genera un deber jurídico a los jueces del Poder Judicial. El primero ocurre en el seno de un proceso de inconstitucionalidad y se recoge en el segundo párrafo del artículo VI CPConst. En estos procesos, el Tribunal Constitucional puede fallar declarando la inconstitucionalidad de un precepto, o por el contrario, declarando su constitucionalidad. Si resuelve lo primero el precepto declarado inconstitucional queda sin efecto (artículos 103 y 204 de la Constitución), y consecuentemente ningún juez del Poder Judicial podrá aplicarlo. Del mismo modo, si se resuelve lo segundo, el precepto deberá ser aplicado siempre y, consecuentemente —con algunas precisiones que ahora no interesan destacar ahora— el juez no podrá realizar sobre él control difuso alguno. Así, cuando en un proceso de inconstitucionalidad se declara la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de un precepto legal, esa declaración es echa de modo general y, por tanto, con efectos *erga omnes*. Lo que en estos casos decide el Tribunal Constitucional vincula indefectible y necesariamente a los jueces del Poder Judicial.

Esta referida vinculación no vulnera el principio de independencia de los jueces por las siguientes dos razones. Primero, porque la independencia del juez no es absoluta, sino que es una independencia relativa, pues el juez depende en su actividad jurisdiccional de los mandatos de la Constitución y de la Ley. Segundo, la independencia judicial está referida a que el juez no está sujeto en sus decisiones a ninguna otra realidad distinta a la Constitución y a la Ley. Tercero, la Constitución misma ha manifestado que un precepto declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional queda sin efecto; y aunque no ha hecho lo mismo respecto de los preceptos confirmados en su constitucionalidad, al ser Supremo intérprete (controlador y velador) de la Constitución, un precepto declarado constitucional debe ser considerado como tal por los jueces a efecto de su aplicación —con excepciones que, insisto, no es el caso destacar ahora—.

El segundo producto interpretativo son los llamados precedentes vinculantes a los que se refiere el artículo VII CPConst. Según el Tribunal Constitucional, el precedente vinculante puede definirse 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»³². Según esta definición, el precedente vinculante que formula el Tribunal Constitucional es una norma de carácter general, con un supuesto normativo y con una consecuencia jurídica. Por ello, dice este Tribunal, el precedente vinculante «tiene por su condición de tal

ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM — Editorial Porrúa, en prensa.

32 Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, de 10 de octubre de 2005, consideraciones previas.

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»³³. Y como toda regla, «será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia»³⁴. Consecuentemente, los jueces del Poder Judicial quedan vinculados a los contenidos de los precedentes vinculantes, es decir, quedan obligados a interpretar los dispositivos constitucionales del modo como lo haya establecido el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante.

El tercer producto interpretativo viene constituido por lo recogido en el tercer párrafo del artículo VI CPCConst., ha sido denominado por el Tribunal Constitucional como *jurisprudencia constitucional*, y definido como «la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo»³⁵. Esta jurisprudencia constitucional —a decir del referido Tribunal— no tendría una vocación de generalidad como la tendría el precedente, aunque tendría los mismos efectos vinculativos que aquellos. Así, «si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto»³⁶. Consecuentemente, los jueces del Poder Judicial están obligados a seguir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en tanto en ella se contengan criterios de interpretación de la Constitución.

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 Constitución³⁷. Tercera,

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 Exp. N.º 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005, fundamento 42.

36 *Ídem*, fundamento 43.

37 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

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 indefectiblemente³⁸. 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 suficiente³⁹.

Como se ha dicho antes, este no es el momento de realizar un análisis profundo del significado de estos tres productos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Lo interesante para nuestro análisis es distinguir estos tres productos y, distinguiéndolos, saber que no son confundibles y que cada uno de ellos tiene una significación y una configuración particular. Así, las declaraciones generales de constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto legal se obtienen a través de un proceso de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*; los precedentes vinculantes requieren de la existencia de un caso concreto y se formulan siempre con base en ese caso concreto aunque con vocación de eficacia general y de aplicabilidad a otros casos análogos; y, en fin, la doctrina constitucional que siendo también vinculante es distinta a los precedentes jurisprudenciales.

Afirmado, por un lado, que el Tribunal Constitucional es el Supremo controlador e intérprete de la Constitución, y además que su jurisprudencia vincula a los jueces y demás operadores jurídicos según los tres productos comentados anteriormente, entonces se está en condiciones de intentar determinar tanto la cuestión previa antes planteada, como las otras dos cuestiones adicionales dirigidas a establecer si efectivamente los magistrados del Poder Judicial que emitieron o confirmaron sentencias referidas a casinos y máquinas tragamonedas, lo han hecho desconociendo la vinculación de alguno o de todos de estos productos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

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*. Mc Graw Hill, Madrid 2001, pp. 84–85.

- 38 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 cual 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.
- 39 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.

IV. CRÍTICA A LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. ¿Inexistencia de cosa juzgada?

1.1. *La cosa juzgada como principio no absoluto*

La cuestión previa a la que hay que hacer frente tiene que ver —como ya se adelantó— con la figura de la cosa juzgada. Se trata de determinar, si como afirma el Tribunal Constitucional, en las resoluciones judiciales declaradas nulas o dejadas sin efecto en la sentencia Exp. N.º 006–2006–PC/TC, a pesar de que cumplen con los requisitos dispuestos en el Código Procesal Constitucional para adquirir la calidad de cosa juzgada, realmente no la han obtenido, y por ello el Tribunal Constitucional estaba en condiciones de volverlas a enjuiciar y —como finalmente ocurrió— dejarlas sin efecto. La respuesta a esta cuestión ha de empezar recordando que según el artículo 6 CPConst., una resolución en el seno de un proceso constitucional llega a adquirir el estatus de cosa juzgada si concurren los siguientes dos elementos. El primero, que se trate de una decisión final⁴⁰; y el segundo, que haya pronunciamiento sobre el fondo⁴¹. ¿Significa que toda sentencia en un proceso constitucional en la que concurren estos dos requisitos será inatacable?

En este punto hay que reconocer que el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada «no es un principio absoluto y sólo llega a configurarse cuando se ha obtenido la resolución final a través de un debido proceso»⁴². Como ha dicho con acierto el Supremo intérprete de la Constitución, «no cabe invocar el principio de inmutabilidad absoluta de una sentencia que aparentemente adquirió la calidad de cosa juzgada ni la garantía de la administración de justicia a que se refiere el artículo 139, inciso 2) de la Constitución Política del Estado, cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial en el que se respeten los derechos procesales constitucionales, sino, por el contrario, un proceso llevado en forma irregular»⁴³.

40 Este primer requisito puede entenderse «como la exigencia de resolución con la que se ha terminado el proceso constitucional, independientemente de la instancia a la que se haya llegado. Esto significa que perfectamente puede cumplir este primer requisito la sentencia del juez constitucional en primera instancia, siempre que con ella se haya terminado el proceso. Y esto puede ocurrir cuando no se ha interpuesto recurso alguno contra esa resolución y se ha vencido el plazo para hacerlo». CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I, segunda edición, Palestra, Lima 2006, pp. 388–389.

41 Con respecto a este requisito, «el juez se pronuncia sobre el *fondo del asunto* cuando el pronunciamiento atañe a la pretensión de la demanda, es decir, hay un fallo que se refiere a la controversia planteada. Para el caso que interesa ahora, habrá pronunciamiento sobre el fondo cuando el juez o sala constitucional, emite un fallo referido a si hubo o no afectación de un derecho de rango constitucional, ya sea a través de una amenaza cierta e inminente, ya sea a través de una violación efectiva». *Ibidem*.

42 *Ídem*, p. 344.

43 Exp. N.º 0379–1997–AA/TC, de 22 de julio de 1999, fundamento 6.

Y hay que reconocer también que un proceso que contraviene manifiestamente la Constitución o la ley, no es un proceso debido. De manera que, para lo que aquí interesa resaltar, aquellos procesos constitucionales en los que los jueces del Poder Judicial sentenciaron manifiestamente en contra de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución (y, consecuentemente, en contra de los artículos VI y VII CPConst.), no han sido procesos constitucionales debidos, sino procesos constitucionales irregulares. Consecuentemente, a pesar de que en estas sentencias haya habido pronunciamiento sobre el fondo y hayan quedado firmes (tal y como lo exige el artículo 6 CPConst.), no son resoluciones judiciales que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada.

1.2. Mecanismos procesales para cuestionar resoluciones firmes en un proceso constitucional manifiestamente irregular

Admitido esto, la cuestión se desplaza a determinar si existe y, si existe, cuál es el mecanismo procesal destinado a combatir una sentencia de un proceso constitucional expedida con manifiesta contravención del debido proceso. La respuesta es posible encontrarla en el artículo 4 CPConst.: a través de una demanda de hábeas corpus o de amparo se puede cuestionar la sentencia firme obtenida en otro proceso constitucional tramitado con desconocimiento manifiesto de la tutela procesal efectiva, entendida ésta como las reglas materiales y formales para configurar un debido proceso. De esta forma, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo tendría que haber interpuesto demandas constitucionales de amparo —el hábeas corpus quedaba descartado por no estar en juego el derecho a la libertad personal o derechos conexos— contra aquellas sentencias judiciales en las que era manifiesto el apartamiento injustificado de los jueces y magistrados del Poder Judicial de los criterios interpretativos manifestados por el Tribunal Constitucional en las sentencias Exp. N.º 0009–2001–AI/TC y Exp. N.º 4227–2005–AA/TC. Obviamente, para la interposición de esta nueva demanda de amparo, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo tenía que haberse sujetado a todas las exigencias materiales y formales de procedencia de una demanda constitucional, entre ellas haber interpuesto la demanda dentro del plazo de prescripción previsto para el amparo (artículo 44 CPConst.).

Dicho esto conviene preguntarse si esta vía —normalmente conocida con el nombre de «amparo contra amparo»— era la única vía procesal existente que hubiese permitido atacar sentencias constitucionales firmes emanadas de un amparo resuelto de modo manifiestamente irregular. Dos requisitos tendría que cumplir una vía procesal para considerarse un mecanismo de ataque a tales sentencias. El primero es que se trate de un mecanismo previsto constitucional o legalmente; y el segundo es que su objeto procesal suponga necesariamente revisar la constitucionalidad de las sentencias constitucionales. Si se encuentra que existe una vía procesal que cumple estos dos requisitos, entonces, su activación será posible sólo si se cumplen las exigencias de procedencia de la demanda.

¿Existe otra vía procesal distinta al amparo a la que se refiere el artículo 4 CPConst., que cumpla los dos mencionados requisitos? O mejor aún, y es lo que aquí interesa saber, ¿cumple el proceso competencial esos dos requisitos que lo hagan una vía adecuada para discutir sentencias firmes provenientes de procesos constitucionales llevados de forma manifiestamente irregular? Veamos. En la medida que tanto en la norma constitucional (artículo 200.3 CP) como en la norma legal (artículos 109 a 113 CPConst.) se ha regulado la existencia del proceso competencial, puede afirmarse que efectivamente el primer requisito queda cumplido. El cumplimiento del segundo requisito ya no es tan sencillo de determinar. Su comprobación requiere algo más que la simple referencia al texto normativo constitucional o legal, se requiere de interpretación constitucional. En términos generales —aunque con alguna precisión que no es el momento ni el lugar de hacer— la interpretación que sobre el proceso competencial ha expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia que ahora se comenta es correcta. De modo que entre los conflictos que pueden resolverse a través del proceso competencial se encuentra el «conflicto constitucional por menoscabo», a través del cual se trata de determinar si un órgano constitucional a través del indebido ejercicio de unas competencias constitucionalmente atribuidas, está menoscabando (afectando negativamente) el ejercicio de las competencias de otro órgano también constitucionalmente atribuidas. Ha dicho el referido Tribunal que «lo que es materia de controversia es el hecho de cómo una atribución —cuya titularidad no se discute— está siendo ejercitada; siempre que en la ilegítima modalidad del ejercicio pueda ser derivada, una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales ajenas, un impedimento o un menoscabo»⁴⁴.

Para lo que aquí interesa determinar se trata de establecer si el ejercicio de la competencia jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial ha menoscabado el ejercicio de la competencia ejecutiva del Ministerio de Comercio exterior y turismo. Esto no podrá ser establecido sin examinar necesariamente si el ejercicio de la actividad jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial se ha desenvuelto por los cauces previstos constitucional y legalmente. Es decir, en este caso el objeto del proceso competencial permite y exige revisar la constitucionalidad de las sentencias constitucionales emitidas por los jueces en el ejercicio de su competencia jurisdiccional. Se cumple así el segundo de los requisitos antes referidos.

Habiéndose verificado el cumplimiento de los dos requisitos mencionados anteriormente, es posible afirmar que no sólo a través del amparo es posible contradecir las resoluciones firmes recaídas en procesos constitucionales manifiestamente irregulares, sino que esta misma finalidad es posible conseguir a través del proceso de cumplimiento. Adicionalmente, se cumplen las exigencias formales (artículo 109.3 CPConst.), y materiales (artículo 110 CPConst.) para activar la vía procesal competencial. Por tanto, hay que concluir que el Tribunal Constitucional

44 Exp. N.º 0006-2006-PC/TC, citado, fundamento 23.

no se equivoca cuando atribuye un valor relativo al valor de la cosa juzgada, en tanto su calidad de inmutabilidad dependerá de que la resolución sea obtenida a través de un proceso regular; y tampoco se equivoca cuando revisa la constitucionalidad de las resoluciones judiciales en los casos de juegos y casinos en el proceso competencial Exp. N.º 0006–2006–PC/TC.

1.3. El riesgo de optar por el proceso competencial

Sin embargo, es necesario poner de manifiesto que de entre estas dos vías procesales disponibles para atacar sentencias provenientes de procesos constitucionales manifiestamente irregulares, la que mejor se condecía con el respeto a la magistratura judicial y con los derechos fundamentales de las empresas de juegos y casinos que obtuvieron sentencias favorables en sus demandas de amparo o de cumplimiento, es sin duda el primero de los mecanismos antes referidos, es decir, el «amparo contra amparo». Y ello al menos por la siguiente razón fundamental: a través del amparo contra amparo habría sido posible un examen particularizado (con la profundidad que ello permite) de cada sentencia concreta a fin de establecer si efectivamente había sido o no fruto de un proceso constitucional irregular; particularmente, habría permitido examinar si efectivamente los jueces se apartaron injustificadamente (irrazonablemente) de las interpretaciones y del fallo emitidos en la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC y del precedente vinculante de la sentencia Exp. N.º 4227–2005–AA/TC.

A través de la demanda competencial se corría el riesgo de dejar aparcado los razonamientos singularizados de cada sentencia judicial examinada, ya que en el fondo de lo que se trata es de determinar si el ejercicio de la actividad jurisdiccional ha sido o no constitucional, y esto sólo es posible de establecer a través del examen de constitucionalidad de cada sentencia en particular. Sin un examen particularizado, lo más probable es que las razones que justifiquen la nulidad de una resolución judicial por provenir de un proceso constitucional manifiestamente irregular, se pierda hasta diluirse en la generalidad de los razonamientos competenciales.

Y el riesgo no es uno cualquiera, porque si no llega a superarse entonces no sólo es posible sino además muy probable, que fruto del mal e insuficiente examen de la constitucionalidad de las sentencias judiciales sobre juegos y casinos, termine anulando sentencias de amparo o de cumplimiento emitidas en procesos llevados según todos los requerimientos constitucionales y legales que configuran el debido proceso, con el consiguiente perjuicio tanto para el honor o prestigio del juez que la emitió y los Vocales superiores o supremos que la confirmaron⁴⁵; como para las propias empresas de casinos que han ganado de un modo constitucionalmente debido las demandas de amparo y de cumplimiento.

45 No se olvide que —como ya se adelantó— es prácticamente imposible no pensar en ignorancia o corrupción en los magistrados que emitieron y confirmaron las sentencias anuladas.

Sólo existe una posibilidad de que este riesgo sea neutralizado, y es que en el proceso competencial se llegue a examinar todas y cada una de las sentencias judiciales que supuestamente están menoscabando el ejercicio de la competencia ejecutiva del Ministerio de comercio exterior y turismo, a fin de determinar de modo preciso si efectivamente y sin sombra de duda (manifiestamente, por tanto) han sido emitidas de modo inconstitucional, es decir, al margen de las interpretaciones y del fallo emitidos en la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC y del precedente vinculante de la sentencia Exp. N.º 4227–2005–AA/TC. De modo que lo que hay que responder ahora es la pregunta siguiente: ¿se ha justificado suficientemente la alegada inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales que finalmente se anulan o dejan sin efecto en la sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC? De este modo se pasa a intentar resolver las dos cuestiones presentadas anteriormente: la primera, determinar si efectivamente se ha infringido el deber de aplicar preceptos legales declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional en su sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC; y la segunda determinar si realmente se ha infringido el deber de aplicar el precedente vinculante establecido por el mencionado Tribunal en la sentencia Exp. N.º 4227–2005–PA/TC.

2. ¿Inaplicación de preceptos confirmados en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional?

En referencia a la primera de ellas, se ha de empezar afirmando la capacidad de los jueces y magistrados del Poder Judicial para realizar control difuso de la constitucionalidad de las leyes (artículo 138 Constitución). Esta capacidad de *judicial review* no ha quedado anulada respecto de la Ley N.º 27153 ni respecto de la Ley N.º 27796, como a continuación se argumentará.

2.1. Respecto de la Ley N.º 27153

En lo que respecta a la Ley N.º 27153 es posible que los jueces del Poder Judicial efectúen un control (difuso) de constitucionalidad de dos tipos de preceptos de esta ley. El primero es aquellos preceptos que no han sido cuestionados a través de la demanda de inconstitucionalidad, y —por tanto— sobre ellos no ha habido una confirmación en su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional y, consecuentemente, no es posible exigir respecto de ellos el deber de aplicación contenido en el segundo párrafo del artículo VI CPConst. En efecto, como se recordará, la demanda de inconstitucionalidad que dio origen a la sentencia Exp. N.º 009–2001–AI/TC, no fue interpuesta contra todos los dispositivos de la Ley N.º 27153, sino sólo contra algunos de ellos⁴⁶. De modo que cuando el

46 En concreto se dirigió «contra los artículos 5, 6, 7, 10, literales «b» y «c», 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, literal «d», 29, 31, literal «a», 32, literales «a» y «b», 38,

Tribunal Constitucional resuelve declarando inconstitucionales algunos preceptos de la mencionada Ley, los únicos preceptos que quedan confirmados en su constitucionalidad son los dispositivos cuestionados no declarados inconstitucionales⁴⁷. Sobre el resto de dispositivos los jueces del Poder Judicial mantienen la competencia de examinarlos en su constitucionalidad a fin de determinar si su aplicación a unas concretas circunstancias resulta o no inconstitucional, de modo que finalmente puedan ser inaplicados en un caso concreto.

El segundo grupo está conformado por aquellos preceptos de la Ley N.º 27153 que aún habiendo sido cuestionados en una demanda de inconstitucionalidad y habiendo sido confirmados en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, la confirmación se ha efectuado en referencia a determinados artículos constitucionales. En efecto, si en la sentencia de inconstitucionalidad el mencionado Tribunal declara que un precepto legal es constitucional porque no vulnera determinado artículo de la Constitución (regla o principio o valor o bien jurídico constitucional), lo único que vincula al juez que resuelva casos posteriores es la declaración de constitucionalidad del precepto legal en relación al artículo de la Constitución que sirvió de parámetro de evaluación. De modo que el juez del Poder Judicial podrá inaplicar el mismo precepto legal declarado constitucional en un proceso de inconstitucionalidad si llega a considerar que en un caso concreto la aplicación de ese precepto resulta inconstitucional por vulnerar un distinto artículo de la Constitución. Esto viene a ser exigencia necesaria de reconocer que en las sentencias de inconstitucionalidad —y en general, en todas las sentencias sobre procesos constitucionales— no sólo vincula el fallo sino también las razones o justificaciones del fallo presentadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia, en la medida que conforman las interpretaciones constitucionales a las que se refiere el tercer párrafo del artículo VICPConst⁴⁸. Dicho mejor, vincula el fallo en el contexto de las argumentaciones o fundamentaciones presentadas por el Tribunal Constitucional. Serán estas argumentaciones (fundamentación jurídica) la que en buena cuenta defina el significado y alcance cabal del fallo.

Por ejemplo, la sentencia Exp. N.º 009-2001-AI/TC confirma la constitucionalidad de los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley N.º 27153 en referencia a los artículos 59 (referido al rol del Estado en materia económica), 61 (la libre competencia como

39, 41.2, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153, ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas». Exp. N.º 009-2001-AI/TC, de 29 de enero de 2002, asunto.

47 Es decir, los artículos 5, 6, 7, 10 (literales b y c), 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 (literal d), 29, 31 (literal a), 32 (literales a y b), y 41.2 de la Ley N.º 27153.

48 Como bien ha destacado el TC, «las sentencias no sólo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente en un Tribunal que suele identificarse como «supremo intérprete de la Constitución» (art. 1.º de la LOTC), son precisamente las «interpretaciones» que se ubican en la parte de la justificación del fallo». Exp. N.º 4119-2005-PA/TC, de 29 de agosto de 2005, fundamento 12.

principio rector de la economía) y 72 (restricciones en la adquisición y posesión de bienes por seguridad nacional) CP⁴⁹. Los jueces del Poder Judicial no pueden examinar la constitucionalidad de los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley N.º 27153 e inaplicarlos en un caso concreto argumentando la vulneración de los artículos 59, 61 y 72 CP. Si lo hiciesen agradecerían no sólo el segundo párrafo del artículo VI CPCConst., sino también la posición constitucional del Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución. Sin embargo, los jueces del Poder Judicial sí que podrán examinar la constitucionalidad de los mencionados preceptos legales cuando la duda de inconstitucionalidad se encuentre referida respecto de otras normas constitucionales diferentes a los artículos 59, 61 y 72 CP, y eventualmente pueden ser declarados inaplicables por vulnerar la Constitución en esos otros artículos.

Por eso, no acierta el Tribunal Constitucional cuando en la sentencia que ahora se comenta afirma que

«El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38, inciso 1, 39, Primera y Segunda Disposición Transitoria [de la Ley N.º 27153] y, por conexidad, el artículo 1 de la Ley 27232, *refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones*»⁵⁰.

Y no acierta porque la confirmación de constitucionalidad se circunscribe sólo a determinados preceptos de la Ley N.º 27153, y aún en referencia sólo a determinados preceptos constitucionales, de modo que no es verdad que haya quedado refrendada la constitucionalidad de todos los preceptos de la referida Ley que no hayan sido declarados inconstitucionales.

2.2. Respecto de la Ley N.º 27796

Adicionalmente, y aunque parece una obviedad, es necesario no perder de vista que la ley cuestionada a través de la demanda de inconstitucionalidad en el Exp. N.º 0009-2001-AI/TC ha sido la Ley N.º 27153 y no la Ley N.º 27796. Esto tiene grandísima importancia porque —como se ha visto— la confirmación de constitucionalidad a la que se refiere el segundo párrafo del artículo VI CPCConst., se ha producido sobre algunos artículos de la Ley N.º 27153 en su texto originario

49 Dijo el TC: «[a] la vista de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, el Tribunal Constitucional tampoco considera que las exigencias señaladas en los numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7 de la Ley N.º 27153 sean inconstitucionales por afectar los artículos 59, 61 y 72 de la Constitución Política del Estado, pues se trata de condiciones perfectamente legítimas que tienen por finalidad garantizar la seguridad de los usuarios, a la vez, que la transparencia del juego». Exp. N.º 009-2001-AI/TC, citado, fundamento 3.

50 Exp. N.º 0006-2006-PC/TC, citado, fundamento 30.

y no sobre su texto modificado por la Ley N.º 27796. Si un precepto legal es declarado constitucional por el Tribunal Constitucional, ello no supone que haya que extender necesariamente también la declaración (y confirmación) de constitucionalidad a las reformas que sobre ese texto recaigan posteriormente. Esto significa que, aunque el referido Tribunal haya refrendado la constitucionalidad de determinados dispositivos constitucionales de la Ley N.º 27153, los jueces y magistrados del Poder Judicial no pierden su competencia para examinar la constitucionalidad del texto reformado de esos mismos preceptos, es decir —y para lo que aquí interesa resaltar—, los jueces y magistrados del Poder Judicial pueden revisar la constitucionalidad de la Ley N.º 27796 (y de la Ley N.º 28945) porque sus textos no han sido examinados ni declarados constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad tal como lo exige el segundo párrafo del artículo VI CPConst., de modo que si encuentra que resultaría inconstitucional la aplicación de esta ley al caso concreto, entonces podrían perfectamente inaplicarla en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 138 CP.

Esta regla general requiere —no obstante— de una matización a modo de regla particular. En la medida que, como se ha dicho antes, en las sentencias constitucionales los jueces del Poder Judicial no sólo se encuentran vinculados al fallo sino también a las fundamentaciones o argumentaciones que sustentan el fallo, entonces habrá que examinar si al texto reformado de un precepto legal no le es igualmente aplicable la fundamentación jurídica que sirvió para declarar la constitucionalidad del texto originario. Normalmente, le será aplicable cuando la reforma del texto legal no ha supuesto un cambio sustancial, sino simplemente superficial o periférico. De ocurrir esto, si el juez del Poder Judicial decide examinar la constitucionalidad del texto reformado, deberá hacerlo a la luz de las correspondientes fundamentaciones jurídicas de la sentencia de inconstitucionalidad.

Para seguir con el ejemplo expresado anteriormente, el artículo 7.1 de la Ley N.º 27153 establecía en su texto original lo siguiente:

«Los establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas deben cumplir con los requisitos de seguridad, previsión de siniestros y reunir las demás condiciones establecidas en el Reglamento Nacional de Construcciones; asimismo deben contar con la correspondiente acreditación del Instituto Nacional de Defensa Civil y la licencia municipal respectiva».

Como ya se dijo, este precepto legal fue confirmado en su constitucionalidad respecto de los artículos 59, 61 y 72 CP. Este dispositivo legal fue modificado posteriormente por el artículo 3 de la Ley N.º 27796, estableciendo el nuevo texto lo siguiente:

«Los establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas deben cumplir con los requisitos de seguridad, previsión de siniestros y demás condiciones establecidas en el Regla-

mento Nacional de Construcciones; contando con la correspondiente acreditación del Instituto Nacional de Defensa Civil. Además, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades, los establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, deben adecuarse a las normas que sobre zonificación, seguridad, higiene, parqueo y demás condiciones establezcan las Municipalidades en sus respectivas circunscripciones para el otorgamiento de la Licencia Municipal correspondiente, de acuerdo a las normas de seguridad internacional».

La primera parte de este dispositivo prácticamente se ha mantenido invariable. Las modificaciones han ocurrido respecto de la segunda parte, sin embargo se trata de modificaciones no sustanciales en la medida que a través de ellas se ordena la sujeción de las empresas de juegos y casinos a las disposiciones que aprueben las municipalidades respectivas, es decir, se trata sencillamente de recordar que hay que cumplir con las disposiciones de los gobiernos locales⁵¹. Consecuentemente, si bien el artículo 3 de la Ley N.º 27796 modifica el artículo 7.1 de la Ley N.º 27153, tal modificación no ha sido sustancial por lo que un examen de la constitucionalidad del primero de los artículos exige tomar en consideración las razones que el Tribunal Constitucional expuso para confirmar la constitucionalidad del segundo de los artículos nombrados. En buena cuenta, el artículo 3 de la Ley N.º 27796 no puede ser inaplicable por los jueces argumentando que vulnera los artículos 59, 61 y 72 CP. Esto no quita, no se olvide, que el juez decida la inaplicación del artículo 3 de la Ley N.º 27796 (es decir, el texto modificado del artículo 7.1 CP) por considerar que vulnera algún dispositivo constitucional distinto a los artículos 59, 61 y 72 CP. En uno y otro caso, se ha de insistir, los jueces del Poder Judicial no pierden su capacidad de revisar la constitucionalidad de las normas.

2.3. Conclusiones preliminares

En este apartado se ha intentado resolver la primera cuestión arriba planteada: si los jueces del Poder Judicial se han extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional a la hora de inaplicar preceptos de la Ley N.º 27153 que habían sido confirmados por el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N.º 0009-2001-AI/TC. De la argumentación dada anteriormente es posible arribar a las siguientes conclusiones. La primera, negar que los jueces del Poder Judicial se encontraban impedidos de evaluar la constitucionalidad de los preceptos tanto de la Ley N.º 27153 como de la Ley N.º 27796. Segunda, los jueces podían examinar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley N.º 27153 que no fueron confirmados en su

51 Sin duda que en un caso concreto el juez puede perfectamente examinar la constitucionalidad de las disposiciones locales y determinar su inaplicación a un caso concreto.

constitucionalidad en la referida sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC. Tercera, podían también evaluar la constitucionalidad de los preceptos de la ley 27153 confirmados en su constitucionalidad en esta sentencia, siempre y cuando el juicio de constitucionalidad se realizase con respecto a normas de la constitución distintas a las que sirvieron al Tribunal Constitucional para confirmar la constitucionalidad de los preceptos legales. Cuarta, podían examinar la constitucionalidad de la Ley N.º 27796, ya que esta no ha sido objeto de cuestionamiento a través de una demanda de inconstitucionalidad tal y como lo exige el segundo párrafo del artículo VI CPConst., sin embargo, el juicio de constitucionalidad que sobre ella realicen los jueces debe sujetarse a los criterios jurisprudenciales presentados por el Tribunal Constitucional en los fundamentos a la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC, en lo que sea pertinente por así exigirlo el tercer párrafo del artículo VI CPConst.

La única posibilidad que hay de que los jueces del Poder Judicial se hayan extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional es si en las sentencias declaradas nulas o sin efecto por el Tribunal Constitucional hubiesen concurrido los siguientes dos elementos. Primero, si es que han inaplicado los preceptos de la Ley N.º 27153 que han sido declarados constitucionales por el TC; y segundo, si la inaplicación ha sido con base a los mismos artículos de la Constitución que fueron empleados por el Supremo intérprete de la Constitución para declarar la constitucionalidad de los referidos preceptos. Estas mismas dos exigencias pueden formularse respecto de la Ley N.º 27796 en aquellos preceptos que no modifiquen sustancialmente la Ley N.º 27153. Respecto de los demás preceptos de la Ley N.º 27796, los jueces del Poder Judicial tienen plena libertad para enjuiciar su inconstitucionalidad.

¿Cumplen esta única posibilidad las sentencias judiciales dejadas sin efecto que conforman las dos listas del fallo en la sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC? De la lectura de esta sentencia se concluye que no es posible saberlo. En lo que respecta a las sentencias de la segunda lista, no existe ninguna referencia concreta a la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC, con lo que no es posible saber si efectivamente los jueces se han extralimitado en el ejercicio de su función. Y en lo que respecta a la primera lista, sí existen referencias concretas al Exp. N.º 0009–2001–AI/TC, pero son referencias —manifiesta e inconstitucionalmente— insuficientes para saber si se ha verificado la única posibilidad en la que los jueces se habrían podido exceder.

Por ejemplo, hay una sentencia judicial que es anulada «por contradecir el fundamento 3» de la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC, fundamento jurídico en el que el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley N.º 27153. En esa sentencia judicial ¿ha ocurrido realmente que el juez ha inaplicado el artículo 7.1 o el 7.2 por considerar que contravienen los artículos 59, 61 y 72 CP? No es posible saberlo. Esta misma pregunta podría formularse respecto de todas las restantes sentencias judiciales declaradas nulas, y en ningún caso será posible saber si los jueces se han extralimitado en el ejercicio de

sus funciones en la única situación que ello habría sido posible. Y es que ninguno de los 75 fundamentos de la sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC permite saber si ha ocurrido realmente esta extralimitación de los jueces en su actividad jurisdiccional a la hora de declarar fundado el amparo a favor de las empresas de juegos y casinos.

Sin embargo, lo más probable es que el Tribunal Constitucional al no haber hecho las necesarias distinciones acerca de lo que en la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC era y no era vinculante a los jueces, ha terminado declarando nulas sentencias judiciales por el sólo hecho de inaplicar algún precepto de la Ley N.º 27153 (y su modificatoria Ley N.º 27796). Esta probabilidad adquiere ribetes de certeza si se recuerda que el referido Tribunal había incurrido en el gravísimo error de creer que con la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC se había confirmado la constitucionalidad de todas las disposiciones de la Ley N.º 27153 que no hubieron sido declaradas inconstitucionales.

El panorama se complica y mucho si reparamos en que el Tribunal Constitucional ha declarado nulas también todas las resoluciones judiciales que aunque no estén detalladas en la lista «hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009–2001–AI/TC»⁵². Para el mencionado Tribunal, en la medida que ha afirmado que todas las disposiciones de la Ley N.º 27153 (y sus modificatorias) no declaradas inconstitucionales han sido confirmadas en su constitucionalidad, serán resoluciones judiciales que contravienen la sentencia Exp. N.º 0009–2001–AI/TC, todas aquellas resoluciones que inapliquen —sea por la razón que fuese— cualquier dispositivo de la referida ley. Y ya se ha argumentado que eso no es así.

3. ¿Inobservancia del precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional?

3.1. Un nuevo error del Tribunal Constitucional

La segunda de las cuestiones que hay que resolver está relacionada con el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N.º 4227–2005–AA/TC. Se trata de establecer si a través de este precedente vinculante ha quedado confirmada la constitucionalidad del artículo 17, Tercera y Décima Disposición transitoria de la Ley N.º 27796, de modo que se pueda argumentar la obligación de los jueces del Poder Judicial de aplicarlos indefectiblemente siempre en cualquier caso concreto, so pretexto de incurrir en inconstitucionalidad por extralimitación en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como se recordará, en la sentencia Exp. N.º 4227–2005–AA/TC, tiene dicho el Tribunal Constitucional que

52 Exp. N.º 0006–2006–PC/TC, citado, parte final del punto 1 del fallo.

«al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796 (...) dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, *quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas*»⁵³.

Esto quiere decir, a entender del referido Tribunal, que los jueces del Poder Judicial que conocieron de las demandas de amparo y cumplimiento referida a juegos y casinos en los que se solicitaba la inaplicación del artículo 17, y de las Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796, no debieron examinar la constitucionalidad de estas normas, sino que debieron aplicarlos necesariamente debido a que se trataba de preceptos plenamente constitucionales al haber sido así reconocido por el Tribunal Constitucional. Pero, ¿realmente había quedado confirmada la constitucionalidad de estos preceptos legales de modo que a los jueces les era exigible aplicarlos siempre y en todo caso, sin poder cuestionar de ningún modo su constitucionalidad?

Hay razones, las que inmediatamente argumentaré, que van en la línea de no considerar que estos preceptos de la Ley N.º 27796 hayan sido confirmados en su constitucionalidad. Pero y es que aunque se admitiese la confirmación de su constitucionalidad, vuelve a incurrir en error el Tribunal Constitucional al disponer que *queda proscrita su inaplicación por parte de los jueces*. Y es un error por lo argumentado en el apartado anterior: un precepto confirmado en su constitucionalidad lo es respecto de determinadas normas de la Constitución y respecto de determinada interpretación de las mismas, las cuales se encontrarán especificadas en los correspondientes fundamentos jurídicos de la sentencia que confirma la constitucionalidad. La confirmación de constitucionalidad de un precepto lo es siempre respecto de determinadas normas de la Constitución, respecto de otras distintas el precepto legal puede resultar inconstitucional en un caso concreto, y para afrontar esas situaciones el juez dispone de su constitucionalmente reconocida *judicial review*. Por tanto, en ningún caso puede formularse una prohibición general que impida a los jueces del Poder Judicial evaluar la constitucionalidad de un precepto legal, aunque éste haya sido confirmado en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

3.2. Las razones

Pero volvamos a las razones que pueden presentarse para afirmar que los mencionados preceptos de la Ley N.º 27796 no habían quedado confirmados en su constitucionalidad de modo que obligase a los jueces del Poder Judicial a aplicarlo siempre. Lo primero que hay que decir es que —como ya se argumentó anterior-

53 Exp. N.º 4227-2005-PA/TC, citado, fundamento 43. La cursiva de la letra es añadida.

mente— el precedente vinculante al que se refiere el artículo VII del CPConst. como producto jurisprudencial es distinto al producto jurisprudencial al que se refiere el segundo párrafo del artículo VI del CPConst. Éste se refiere de modo expreso a procesos de inconstitucionalidad y no a procesos de amparo como es el proceso Exp. N.º 4227–2005–AA/TC, en cuyo seno se establece el precedente vinculante. La diferenciación es sumamente importante porque mientras del primero está justificada una exigencia *erga omnes*, del segundo la exigencia inicial es *inter partes*, aunque después se pueda extender argumentativamente a situaciones semejantes.

En efecto, y en segundo lugar, en un proceso de amparo no se examina la constitucionalidad general y abstracta de una norma como ocurre en un proceso de inconstitucionalidad, sino que lo examinado es sólo si su aplicación en unas concretas circunstancias ha supuesto o no la vulneración del derecho fundamental invocado por la parte demandante en el amparo. Como se sabe, el control difuso de la constitucionalidad de las normas se diferencia del control concentrado de la constitucionalidad —entre otras cosas— por el hecho de que en el primero el examen de constitucionalidad siempre se refiere a las circunstancias del caso concreto. De ahí que, aunque en un amparo se considere inconstitucional el dispositivo cuestionado, éste no es expulsado del ordenamiento jurídico, sino que sólo es inaplicado al caso concreto, por lo que mantiene plenamente su vigencia y puede perfectamente ser aplicado en otros casos. Por el contrario, en el control concentrado de la constitucionalidad, el examen de constitucionalidad es general y abstracto, de ahí que la declaración de inconstitucionalidad (o su confirmación de constitucionalidad) tengan efectos generales y no se circunscriban a ningún caso concreto. Dicho con otras palabras, un precepto declarado inconstitucional en el control difuso de la constitucionalidad efectuado a través de una demanda de amparo, significa solamente que es inconstitucional la aplicación de ese precepto a las concretas circunstancias de un caso, en otras circunstancias de otro caso ese mismo precepto puede que no sea inconstitucional y, consiguientemente, plenamente aplicable.

Esto que se acaba de decir, en tercer lugar, queda confirmado por el hecho de que en la sentencia Exp N.º 4227–2005–AA/TC, el Tribunal Constitucional se ha cuidado mucho de dejar claramente establecido que el examen que realiza no es uno abstracto de constitucionalidad (propio de las demandas de inconstitucionalidad), sino uno concreto de determinación de la existencia o no de violación de un derecho fundamental (propio del control difuso). Así, por ejemplo, respecto del artículo 17 de la Ley N.º 27796 lo que realmente ha manifestado el Tribunal Constitucional es que

«[s]obre el particular, cabe precisar que lo que la recurrente solicita es la evaluación en abstracto de tal disposición, lo cual no es posible mediante el proceso de amparo, destinado a la protección de derechos constitucionales

y en el que la demandante debe, mínimamente, demostrar ejercer la titularidad de los derechos cuya vulneración invoca»⁵⁴.

Consecuentemente, en cuarto lugar, la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley N.º 27796 no ha sido evaluada en abstracto, sino en referencia a las circunstancias concretas de Royal Gaming SAC, que fue la demandante de amparo en el Exp. N.º 4227-2005-AA/TC. Este precepto es constitucional para las concretas circunstancias del caso examinado, y lo será también en todos aquellos otros casos sustancialmente análogos. Pero sólo es posible saber si un caso tiene o no circunstancias análogas al caso en base al cual el Tribunal Constitucional ha edificado el precedente, no obligando al juez a aplicar como autómeta el artículo 17 de la Ley N.º 27796, sino permitiéndole que evalúe los casos concretos que tenga ante sí y decida si efectivamente se encuentra o no ante un caso lo suficientemente semejante que justifique la aplicación de la norma, de modo que si no se encuentra ante un tal caso, el juez pueda decidir su inaplicación por incurrir en vulneración de algún precepto constitucional. Este mismo razonamiento puede formularse de la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796.

Tan es así que en el Exp. N.º 4227-2005-AA/TC en el que se formula el precedente vinculante, el Tribunal Constitucional llegó a manifestar que

«conforme se observa de autos, la recurrente no ha demostrado de manera fehaciente que, a consecuencia de las disposiciones que cuestiona, se hayan vulnerado sus derechos constitucionales»⁵⁵.

Esto abre las puertas para que en casos posteriores y distintos, en un proceso de amparo la recurrente empresa que explota juegos y casinos *demuestre de modo fehaciente* que la aplicación de los artículos 17, Primera y décima disposición transitoria de la Ley N.º 27796, vulneran sus derechos constitucionales. Consecuentemente, se abren las puertas para que los jueces del Poder Judicial puedan ejercer el control difuso de la constitucionalidad de los mencionados dispositivos de la Ley N.º 27796.

Es verdad, en quinto lugar, que a través del precedente vinculante se trata de dar carácter general a una respuesta concreta, pero ese alcance general se manifestará sólo para casos concretos análogos. Recuérdese que el precedente vinculante se formula como «parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga»⁵⁶. El precedente vinculante por el que se declara constitucional una norma para el caso concreto no es aplicable a todos los casos, sólo lo será para casos sustancialmente análogos. Como ya se advirtió anteriormente, en

54 Ídem, fundamento 13. La cursiva de la letra es añadida.

55 Ídem, fundamento 14.

56 Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, citado, consideraciones previas.

esta tarea de determinar si un caso es o no semejante al caso con base en el cual se formula el precedente, el juez del Poder Judicial goza de plena libertad —que no de arbitrariedad— propia de un ejercicio independiente de su labor jurisdiccional reconocido constitucionalmente (artículo 139.2 de la Constitución). Es más, y como también ya se adelantó, la *ratio decidendi* en estricto será descubierta y formulada por el juez posterior que es quien debe aplicar el precedente vinculante.

De este modo, el ámbito de actuación del juez y de los vocales del Poder Judicial a la hora de examinar si se cumple el supuesto de hecho para aplicar la consecuencia jurídica que es el precedente vinculante, es amplio. Este ámbito de actuación no parece haber sido tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional cuando deja sin efecto resoluciones judiciales por el sencillo recibo de que las soluciones a las que en ellas arribaron los jueces y vocales fueron distintas a la solución a la que él arribo en otro caso concreto. No repara el referido Tribunal no sólo en el hecho de que en los casos sobre casinos y tragamonedas los jueces y vocales del Poder Judicial en ningún momento perdieron la facultad de evaluar la constitucionalidad de las respectivas leyes, sino que tampoco se fija en que corresponde a los jueces y vocales posteriores determinar cuándo hay y cuándo no hay caso análogo, e incluso les corresponde determinar la *ratio decidendi*.

3.3. Conclusiones preliminares

En este apartado se ha intentado dar respuesta a la segunda de las anteriores cuestiones planteadas: si los jueces del Poder Judicial han incurrido en un ejercicio extralimitado de la función judicial a la hora de inaplicar el artículo 17, Primera y décima disposición transitoria de la Ley N.º 27796, debido a que según la sentencia al Exp. N.º 4227–2005–AA/TC, constituía precedente vinculante la confirmación de constitucionalidad de estos preceptos legales. De la argumentación expuesta puede llegarse a las siguientes conclusiones. Primera, que los referidos preceptos de la Ley N.º 27796 no han sido declarados constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, por lo que no puede reconocérsele un efecto *erga omnes*, propio del producto jurisprudencial recogido en el segundo párrafo del artículo VI CPConst. Segunda, la constitucionalidad examinada y declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N.º 4227–2005–AA/TC ha sido en referencia a las concretas circunstancias del demandante de amparo. Tercera, esta constitucionalidad podría extrapolarse solamente a otros casos sustancialmente semejantes. Cuarta, es el juez del Poder Judicial el que tiene que examinar cuales casos futuros son sustancialmente semejantes, incluso —y como principio general— será él quien defina las *ratio decidendi* de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales.

Como consecuencia de esto, no es verdad —como mal refiere el Tribunal Constitucional— que haya quedado proscrita la inaplicación de los artículos 17, primera y décima disposición transitoria de la Ley N.º 27796 para los concretos casos futuros. El juez ha mantenido plenamente la facultad de revisar la constitucionali-

dad de estos dispositivos y —eventualmente— inaplicarlos, de manera que el juez no ha incurrido en inconstitucionalidad por exceso en el ejercicio de su función jurisdiccional, cuando ha declarado inaplicables algunos de estos preceptos legales en las demandas de amparo resueltas con posterioridad a la sentencia Exp. N.º 4227-2005-A A/TC.

Sólo hay una posibilidad en la que este exceso se ha podido configurar, y esa es cuando el juez del Poder Judicial habiendo reconocido un caso como sustancialmente semejante al caso que da origen al precedente vinculante, no ha aplicado el precedente vinculante. Es decir, cuando no existe ninguna justificación para apartarse de la línea marcada por el precedente vinculante. Pero esto, al igual que ocurría en el examen de la primera cuestión, no es posible concluirlo de la sentencia Exp. N.º 0006-2006-PC/TC. En ninguna de las resoluciones judiciales anuladas o dejadas sin efecto que conforman las dos listas del fallo existe alguna referencia concreta dirigida a determinar si se ha dado o no esta posibilidad de exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sólo existe un par de referencias generales que no ayudan en nada.

Sin embargo, también es posible sospechar que el Tribunal Constitucional ha pasado por encima del respeto de la función de *judicial review* de los jueces, para pasar a anular toda sentencia judicial en cuyo fallo se disponía la inaplicación del artículo 17, Primera o décima disposición transitoria de la Ley N.º 27153, sin realizar ninguna otra consideración, pues de haberlo hecho lo habría hecho constar en la sentencia Exp. N.º 0006-2006-PC/TC. Muy por el contrario, lo más probable es que no se trate de una mera posibilidad, sino que esto haya ocurrido realmente, pues, como se recordará, para el mencionado Tribunal ha quedado proscrita de manera absoluta la inaplicación de los referidos preceptos legales por parte de los jueces.

Pero las cosas van un poco más allá al comprobarse que el Supremo intérprete de la Constitución lleva a extremos irracionales este afán de proscribir de modo absoluto la inaplicación de los referidos preceptos de la Ley N.º 27796. En efecto, no repara el Tribunal Constitucional en que si el precedente vinculante realmente «es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general»⁵⁷, la cual «se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos»⁵⁸, entonces su aplicación no puede ser retroactiva, sino que su fuerza de precedente se manifiesta a partir precisamente del momento en que llega a existir el precedente como tal y no antes, es decir, el precedente «deviene en parámetro normativo para la resolución de *futuros procesos* de naturaleza homóloga»⁵⁹, no para los anteriores.

57 *Ibídem.*

58 *Ibídem.*

59 *Ibídem.* La cursiva de la letra es añadida.

Por eso, salvo un acto irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas antes del 15 de febrero de 2006, día en el que la sentencia Exp. N.º 4227-2005-AA/TC fue publicada en el Diario Oficial «El Peruano». Se podrá comprobar que de las sentencias judiciales anuladas o dejadas sin efecto no sólo existen resoluciones de fechas anteriores aunque próximas a la mencionada fecha de publicación (noviembre 2005, febrero 2005, enero 2005), sino que existen también varios años antes de formulado el precepto vinculante (septiembre de 1997, y mayo de 1998), cuando ni tan siquiera estaba prevista esta figura en el ordenamiento jurídico peruano⁶⁰. Aun dando la razón al Tribunal Constitucional de que tanto los precedentes vinculantes a los que se refiere el artículo VII del CPConst., como la doctrina jurisprudencial constitucional a la que se refiere el tercer párrafo del artículo VI del CPConst. tienen un mismo efecto vinculante, lo cierto es que antes de la fecha señalada arriba los jueces con mucha más razón y legitimidad constitucional podían aplicar control difuso sobre los artículos referidos de la Ley N.º 27796.

V. CONCLUSIONES FINALES

1. Una nueva extralimitación

En la sentencia al Exp. N.º 0006-2006-PC/TC el Tribunal Constitucional no se equivoca en afirmar que cuenta con la potestad que proviene de su reconocimiento como controlador y supremo intérprete de la Constitución. A partir de esta afirmación, acierta en declararse competente para revisar la constitucionalidad de las sentencias judiciales que supuestamente están menoscabando las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo). También acierta cuando nos recuerda —con base en los artículos VI y VII CPConst.— que la interpretación que de la Constitución formule en sus sentencias constitucionales vinculará a los operadores jurídicos, en particular a los jueces del Poder Judicial. Sin embargo, el mencionado Tribunal sí se equivoca —y mucho— al momento de ejercer esa potestad. La ha ejercido de modo tal que la sensación final que queda es la de un intolerable exceso. Lo grave del asunto es que no se trata de una mera sensación, sino —y por desgracia— de la constatación efectiva de que estamos frente a otro ejercicio extralimitado de las competencias y potestades del Tribunal Constitucional.

La argumentada extralimitación tiene una doble base errónea. La primera es la consideración de que a través de la sentencia Exp. N.º 0009-2001-AI/TC se ha confirmado la constitucionalidad de todos los artículos de la Ley N.º 27153 que no

60 Recuérdese que es con el Código Procesal Constitucional de diciembre de 2004 que se introdujo esta figura.

fueron declarados inconstitucionales. Y la segunda es la consideración de que con el precedente vinculante dispuesto en la sentencia Exp. N.º 4227-2005-AA/TC los jueces deben aplicar siempre los artículos 17, Primera y Décima disposición transitoria de la Ley N.º 27796. Ambas bases erróneas han conducido a una respuesta también errónea: aquellas sentencias judiciales que resuelven amparos o demandas de cumplimiento en las que los jueces del Poder Judicial inaplican algún dispositivo de la Ley N.º 27153 o alguno de los mencionados artículos de la Ley N.º 27796, han de ser consideradas inconstitucionales y, por tanto, sin efecto.

Poco importa la argumentación presentada por los jueces en cada sentencia que falla por la inaplicación de las mencionadas leyes; poco importa la fecha en la que fueron expedidas; poco importa si se trataba de casos sustancialmente semejantes o no. Y que esto poco le ha importado al Tribunal Constitucional queda acreditado con la ausencia en la sentencia Exp. N.º 0006-2006-PC/TC de todo razonamiento particularizado que ponga en examen lo argumentado y decidido en cada sentencia judicial dejada sin efecto. Lo único realmente importante para él parece haber sido el contenido del fallo en esas sentencias: si en la sentencia judicial se arribaba a una respuesta distinta a la que él mismo había arribado previamente, entonces se trataba de una sentencia inconstitucional.

2. De la boca muerta de la ley a la boca muerta de las interpretaciones y fallos del Tribunal Constitucional

Bien visto, este proceder no es nada distinto a la imposición a los jueces del Poder Judicial de una solución al margen de las circunstancias de los concretos casos que debían resolver. Sin duda alguna, imponer a los jueces una solución a los litigios concretos es sencillamente una extralimitación inconstitucional que termina menoscabando las atribuciones constitucionales del Poder Judicial. Y es que el Tribunal Constitucional no puede imponer soluciones (fallos) a los casos que deban decidir los jueces del Poder Judicial. Lo que en todo caso formula con carácter vinculante (con el alcance y significación explicado páginas atrás) son interpretaciones del texto constitucional. Y todos sabemos que siendo decisivas estas interpretaciones nunca agota la solución de una concreta controversia.

En efecto, a la interpretación de la norma hay que agregar la interpretación de los hechos del caso y la formulación del fallo. Sólo el juez que conoce el caso concreto puede interpretar los hechos, ya sea para determinar sus elementos jurídicamente relevantes, como para establecer si está o no ante unos hechos sustancialmente semejantes a los que conformaron el caso en el que el Tribunal Constitucional formuló una interpretación vinculante de la Constitución. También, es sólo el juez quien más conoce en su significado el litigio que debe resolver, y será él quien mejor formulará la solución justa *ad casum*, con la inevitable carga valorativa que ello necesariamente implica. Si negamos este ámbito de acción a los jueces del Poder Judicial, entonces se está vaciando de contenido la actividad

judicial cuya esencia precisamente es decir el *ius* en el caso concreto. De modo que la versión moderna del intento de Montesquieu de convertir al juez en la boca muerta de la Ley, será el intento de que el juez se convierta en la boca muerta de las interpretaciones y fallos del Tribunal Constitucional.

3. Una injusta disyuntiva originada por una deficiente argumentación

A nadie escapa que, como se ha repetido antes, el TC ha lanzado un manto de duda sobre la preparación cuando no sobre la honestidad de todos los magistrados del Poder Judicial cuyas resoluciones han sido dejadas sin efecto. El razonamiento es bien simple: si el TC ha fallado que no se puede inaplicar la Ley N.º 27153 y la Ley N.º 27796, y los jueces han inaplicado una y/u otra a empresas que explotan juegos y casinos, entonces o esos jueces han sido comprados o no saben Derecho. Estos son los extremos de una injusta disyuntiva originada por la deficiencia argumentativa del Tribunal Constitucional al no considerar y argumentar si el ejercicio de la función de control difuso de los jueces del Poder Judicial en cada uno de los procesos de amparo y de cumplimiento ha sido o no constitucionalmente correcto.

De modo que si tan manifiesta ha sido la ilegítima e inconstitucional actuación de los jueces y vocales del Poder Judicial en este asunto, entonces sólo quedaría reprochar en todos estos magistrados su tozuda ignorancia y/o su insalvable vocación de corrupción. Pero, como finalmente se ha hecho notar a lo largo de estas páginas, no sólo no ha sido manifiesta la ilegitimidad e inconstitucionalidad del actuar de los magistrados del Poder Judicial como ha pretendido el Tribunal Constitucional, sino que además existen razones jurídicas para pensar que la actuación judicial se ha desenvuelto dentro de sus cauces constitucionales al no haber perdido éstos en ningún momento la facultad de enjuiciar la Ley N.º 27153 y la Ley N.º 27796 a efectos de inaplicarlas al caso concreto.

En uno y otro caso ha preferido el Tribunal Constitucional hacer manifestación de fuerza antes que manifestación de razón. Como tiene la fuerza de interpretar de modo vinculante la Constitución, pretende imponer no sólo interpretaciones sino también soluciones de los casos sin consideración de las circunstancias concretas; como tiene la fuerza de invalidar sentencias del Poder Judicial, lo hace sin medir las consecuencias que sobre los jueces puede recaer. Para qué decir razones si el resultado igualmente —e incluso con más efectividad— se puede alcanzar con el ejercicio puro y duro del poder. Por desgracia en la sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC se ha verificado el riesgo advertido antes: de que en un proceso competencial las razones se diluirían en la generalidad de la existencia o no de conflicto de competencias. Y eso, desde un ámbito jurídico es sencillamente una extralimitación inconstitucional que termina menoscabando el honor personal de los jueces y la imagen institucional del Poder Judicial.

VI. A MODO DE EPÍLOGO: EL ACTIVISMO DE UN SÚPER TRIBUNAL

Al plantear la cuestión previa y las dos cuestiones relacionadas con la determinación de si los jueces del Poder Judicial que han inaplicado dispositivos de la Ley N.º 27153 o de la Ley N.º 27796 se habían o no conducido por los cauces de la constitucionalidad, se dijo que si no se llegase a confirmar las razones del Tribunal Constitucional para dejar sin efectos sentencias judiciales, entonces convendría dar un paso más para intentar un entendimiento global del comportamiento del referido Tribunal. Este paso más se intentará ahora a modo de epílogo.

Sin duda alguna que no es deseable ni aceptable que existan empresarios irresponsables que pretendan explotar un negocio al margen de la formalidad y seguridad que brinda la ley. Pero de igual modo no es deseable ni aceptable que el Tribunal Constitucional haya pretendido solucionar este asunto de la manera como lo ha hecho. Acaso mayor gravedad y mayor responsabilidad en esta situación deba ser atribuida al mencionado Tribunal en la medida que se trata de la más alta magistratura en justicia constitucional. Si bien es cierto el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, y es el supremo velador y controlador de la constitucionalidad del entero ordenamiento jurídico peruano, nada le habilita a imponer una interpretación y ejercicio del Derecho Constitucional de una manera que no sólo tiene que ver más con ostentación de poder antes que con el *ius* en general, sino que además poco tiene que ver con el respeto y consideración que se les debe a todas las magistraturas (judiciales, ejecutivas y legislativas) en particular.

Con actuaciones como la manifestada a través de la sentencia Exp. N.º 0006–2006–PC/TC —y como algunas otras criticadas en otro lugar⁶¹ se consolida cada vez más la impresión de que el Tribunal Constitucional se autoconcibe como un súper Tribunal con súper poderes que está llamado no sólo —y que no es poca cosa— a ocuparse de velar porque la Constitución rija de modo efectivo como norma jurídica fundamental, sino que ante una presupuesta inercia o ineptitud de los demás órganos —el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial— no le queda más remedio que autoimponerse la misión de actuar como bálsamo que curará todos los males que padece la sociedad peruana. Y de paso, «y en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su actividad jurisdiccional»⁶², dar lecciones de Dere-

61 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?». En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 99, noviembre 2006, pp. 31–45; y «El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar». En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 100, enero 2007, pp. 27–38.

62 Tomo estas expresiones de la sentencia al Exp. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, primer párrafo de las consideraciones previas. Dicho sea de paso, unas consideraciones previas no sólo que son casi cuatro veces más que los fundamentos jurídicos propiamente de la sentencia, sino que nada tienen que ver con lo decidido en ella.

cho (en particular, de Derecho Constitucional) en sus no pocas largas sentencias⁶³, como si la clase jurídica nacional fuese incapaz de hacerlo ella misma⁶⁴.

Pobres los peruanos que tenemos que vivir en una comunidad política aquejada de terribles males, que tenemos que soportar ineficaces cuando no corruptos encargados de gestionar el bien común que no realizan el valor justicia, y con una clase académica mediocre incapaz de formular doctrinariamente el Derecho. Menos mal que dentro de tanta oscuridad y desasosiego contamos con las bondades y con la inteligencia de un Tribunal Constitucional seriamente comprometido con la gestión del bien común y con la materialización de la justicia y la solidaridad en el Perú. Es más, y ya que no podemos cerrarlos, encojamos al mínimo la actuación del Legislativo, digámosles a los Jueces cómo han de resolver los litigios concretos, e instalemos de una vez en la cabeza del Gobierno de este país al Tribunal Constitucional. Sí, que gobiernen los magistrados del Tribunal Constitucional, seguro que las demandas sociales se atienden más pronta y eficazmente, resurge la clase jurídica de este país, y se instala de una buena vez la justicia en el Perú⁶⁵. Nada más alejado de la realidad, y nada más dañino para la justicia constitucional en general y para el prestigio institucional del Tribunal Constitucional en particular.

63 Una de las primeras y más largas ha sido la sentencia al Exp. N.º 0050-2004-AI/TC (y otros acumulados), de 3 de junio de 2005, que tiene una extensión de más de cien páginas.

64 Esta práctica le ha llevado a inutilidades teóricas impropias de una sentencia constitucional. Sólo por citar un ejemplo, luego de emplear once fundamentos jurídicos (Fundamento 21 al 31) para «desarrollar el marco teórico que permita delimitar las especiales características de las sentencias constitucionales», termina afirmando «la convicción de que la sentencia constitucional no puede ser comprendida ni analizada desde las perspectivas desarrolladas por la teoría general del proceso, ni desde las teorías que estudian los efectos de las sentencias a partir de la perspectiva civil o penal», que es precisamente a lo que dedicó los referidos once fundamentos jurídicos. Exp. N.º 4119-2005-PA/TC, citado, fundamento 32.

65 La claridad de la siguiente trascripción exime de cualquier comentario: «los derechos de las clases trabajadoras, las demandas sociales de los ciudadanos, cuando no los atropellos del poder público, pronto se ven canalizados en demandas de justicia ante el Tribunal [Constitucional], produciendo a veces cierta confusión en el ciudadano sobre quien o qué poder u órgano del Estado, deberían de atender determinadas exigencias. El Tribunal Constitucional se ve de este modo desbordado con una serie de demandas que alcanzan en el Estado Constitucional la dimensión de 'demandas jurisdiccionales' pero que, por otro lado, constituyen en realidad parte de la acción política pendiente. Esta es, si se quiere, el primer elemento a tener en cuenta en la actuación del Tribunal [Constitucional] en una democracia con déficit institucional y, al mismo tiempo, con carencias sociales básicas». GRANDEZ CASTRO, Pedro. «Tribunal Constitucional y transición democrática. Un ensayo de interpretación sobre la legitimidad de su actuación». En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. Número 4, octubre-diciembre 2006, p. 7 (se encuentra en la web del Tribunal Constitucional: http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/e9cd369e9802640e14ca53f5a13e1a36/Pedro_Gr_andez_1.pdf).

Se entiende así perfectamente que esta autoconcepción halla llevado al impenitente Tribunal Constitucional a un activismo desmedido y no exento de reproches⁶⁶, so pretexto de una «función ordenadora y pacificadora del ordenamiento jurídico» tantas veces mencionada en sus sentencias⁶⁷. Nuevamente hay que pedirle al mencionado Tribunal —a todos y cada uno de sus siete miembros— moderación en su actuación que suponga una verdadera autocontención en el ejercicio del poder⁶⁸; hay que sugerirle una autoconcepción no como «Señor de la Constitución» (*Herren der Verfassung*)⁶⁹, sino como «Protector de la Constitución» (*Hüter der Verfassung*)⁷⁰; y en fin, recordarles que tan desechable por funesta es una infrakonstitucionalización (*Unterkonstitutionalisierung*) como una sobreconstitucionalización (*Überkonstitutionalisierung*) del ordenamiento jurídico, de modo que el justificado intento de constitucionalización ha de discurrir por las sendas de una adecuada constitucionalización (*adäquate Konstitutionalisierung*) con base en el respeto de los márgenes de acción (*Spielräume*) tanto del Legislativo como del Judicial⁷¹. Y ello no sólo porque así se evita innecesarias crispaciones jurídicas y políticas, sino porque de esa manera es más probable que el Tribunal Constitucional no incurra en excesos y extralimitaciones. Si ya es grave —por ejemplo— una extralimitación del Legislativo la cual siempre se podrá cuestionar ante el órgano judicial, cuanto más no lo será una del Tribunal Constitucional que siempre actúa o como instancia única o como instancia última sin posibilidad de reclamación posterior, al menos no en el derecho interno. Y es que no debe olvidarse que aunque máximo supremo y guardián de la Constitución, el citado Tribunal no es un órgano infalible⁷².

66 Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. «Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frentes de poder del Tribunal Constitucional». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 96, septiembre 2006, pp. 75–90.

67 Por todas, la sentencia al Exp. N.º 0026–2006–AI/TC, de 8 de marzo de 2007, fundamento 20.

68 En referencia al Legislativo —aunque perfectamente puede extenderse al Judicial— se ha dicho con acierto que «[el] único límite parece estar representado por el *self-restraint* que impregna su jurisprudencia, y les disuade (a menudo, no siempre) de invadir abiertamente el terreno del legislador, replanteando ponderaciones de valores y valoraciones políticas a éste reservadas». PEGORARO, LUCIO. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Dykinson, Madrid 2004, p. 120.

69 Cfr. FORSTHOFF, Ernst. *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*. Kohlhammer, Stuttgart, 1961, p. 33.

70 BVerfGE 1, 184 (196–197); BVerfGE 1, 396 (408); BVerfGE 2, 124 (129–131); BVerfGE 40, 88 (93).

71 ALEXY, Robert. «Verfassungsrecht und einfaches Recht —Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit». *VVDStRL* 61, 2002, pp. 12 y ss.

72 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional». En: *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica). Tomo 149, abril 2006, pp. 135–136.

Así, en el proceso competencial examinado a lo largo de este trabajo, ¿no será más bien que quien se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones ha sido el Tribunal Constitucional al impedir que los jueces ejerzan el control difuso de la constitucionalidad y al colocar una sombra de duda sobre la honestidad y preparación de los magistrados que decidieron y/o confirmaron la inaplicación de las Leyes N.º 27153 y 27796 en los casos concretos que conocieron? Por desgracia hay fuertes razones para dar una respuesta afirmativa. De todos modos, es de esperar que quienes con base en la creencia de que es posible una justicia constitucional acorde y circunscrita a los mandatos constitucionales y, consecuentemente, respetuosa con el ejercicio del poder constitucionalmente atribuido al Ejecutivo, al Legislativo y al Judicial⁷³, nos atrevemos a cuestionar determinadas decisiones del Tribunal Constitucional no suframos la desgracia de ingresar en la categoría de *enemigos del Tribunal Constitucional*, categoría lamentablemente existente⁷⁴ y que sin duda ninguna debería dejar de existir.

73 Bien se afirma cuando se escribe que «la justicia constitucional presupone la separación entre el *juicio de constitucionalidad* de las leyes o de otros actos de poder, que compete al juez constitucional, la *decisión política* expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático, y el *juicio de legalidad*, que compete a la jurisdicción ordinaria. Esta separación obliga al Juez constitucional a realizar un esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo ni en un Tribunal Supremo». GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición, Palestra, Lima 2005, p. 285.

74 Un empleo de esta categoría se puede encontrar en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. «Tribunal Constitucional y transición democrática». Citado, p. 6.

Las tensiones entre la judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional: reflexiones a propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

SUMARIO: I. Algunas anotaciones preliminares. II. La variación de la materia discutida: de un conflicto cuya pertinencia era debatible a una controversia no planteada por las partes y sin posibilidad de descargo. III. Una equivocada comprensión del concepto jerarquía y sus peligrosas repercusiones. IV. La «modificación» del concepto de cosa juzgada. V. El particular escenario en el cual se declaran nulas ciertas sentencias. VI. Apuntes a modo de conclusión.

I. ALGUNAS ANOTACIONES PRELIMINARES

El asumir a la Constitución como verdadera norma jurídica, y no como mero acuerdo o compromiso jurídico, genera una serie de consecuencias, las cuales no pueden ser soslayadas, máxime si estamos en un escenario en el cual nuestro quehacer busca circunscribirse a los parámetros propios del Estado Constitucional. Una de las consecuencias más relevantes de la situación a la cual acabo de hacer referencia es a todas luces la del fortalecimiento de lo que algunos llaman Justicia Constitucional, y otros —en mi opinión, con mayor rigor técnico— Jurisdicción Constitucional.

* Profesor de Pre y Post Grado de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de Piura. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Integrante de las Mesas Directivas o Consejo Ejecutivo de las Mesas Directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal.

En el Perú, la labor ejercida por las instancias que son parte de sus modelos de Jurisdicción Constitucional (órganos o magistraturas constitucionales, dicho con mayor rigor) es cada vez más relevante, promoviendo decididamente tanto lo que se ha dado en llamar «constitucionalización del Derecho» e incluso introduciendo importantes elementos que apuntan en favor de lo que algunos denominan «constitucionalización de la política». Progresivamente la comprensión de muchos conceptos e instituciones jurídicas van siendo entendidas de acuerdo o conforme con parámetros constitucionales, o por lo menos, que responderían a una lectura bajo esas pautas hecha por muy calificados intérpretes.

Incluso algunas actividades más relacionadas con el quehacer político de nuestra sociedad han intentado ser comprendidas y hasta reguladas de acuerdo con esas previsiones. Ello, como bien puede suponerse, comienza a consolidar mejor a las magistraturas constitucionales existentes en el Perú, pero también las somete a nuevos cuestionamientos, vinculados ahora más bien a cuáles serían los márgenes de acción de las dos instituciones relacionadas en estas tareas, y sobre todo los del Tribunal Constitucional frente al Poder Judicial, máxime cuando el Tribunal Constitucional puede revisar ciertos pronunciamientos emitidos por la judicatura ordinaria de nuestro país, asunto que no siempre ha sido abordado en forma pacífica por los diferentes involucrados.

Uno de los momentos más polémicos en esta relación se ha generado con lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia número 006-2006-PC/TC, sentencia que expidiera en el proceso competencial iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial.

Como es de conocimiento general, en este caso, luego de declararse infundadas las excepciones de representación defectuosa y litispendencia formuladas por el procurador del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional peruano señala que aquí estaríamos frente a un conflicto constitucional por menoscabo (cuyas modalidades, por menoscabo en sentido estricto, por menoscabo de interferencia y por menoscabo de omisión, están por cierto descritas en la misma sentencia), pues allí lo que sería materia de controversia es cómo una atribución —cuya titularidad por cierto no se discute— viene siendo ejercida, en tanto y en cuanto ese ejercicio implicaría un impedimento o disminución de las atribuciones constitucionalmente asignadas a otras instituciones.

Eso es lo que el Tribunal Constitucional peruano alega habría ocurrido en este caso, cuando en el considerando vigésimo sexto de su fallo señala que:

«(...) A juicio del Tribunal Constitucional, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones por menoscabo, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118 inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118 inciso 9); ello mediante el

pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento, tal como consta en autos de fojas 27 a 302»

En este caso en particular, lo que estaba en debate era que algunos jueces, mediante sus resoluciones, estarían permitiendo un irregular funcionamiento de varios casinos, y en ciertos casos incluso se estaría dejando de lado un pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano en esta misma materia. Ahora bien, y sin querer con ello soslayar un hecho reprochable (frente al cual desde el mismo Poder Judicial surgieron múltiples cuestionamientos y hasta se plantearon algunas sanciones a los magistrados directamente implicados), tampoco debe ignorarse que estamos ante un tema que conviene abordar con especial cuidado, pues también en esa coyuntura existieron pronunciamientos en los cuales muchos jueces y juezas habían emitido resoluciones vinculadas con el funcionamiento de casinos conforme a Derecho, independientemente de coincidencias o discrepancias con esas resoluciones.

Ello es precisamente lo que el Tribunal Constitucional peruano no toma en cuenta en este caso. En el presente proceso competencial, pronto se materializa una singular comprensión de lo controvertido, dirigiéndolo más bien en la línea de preservar unas competencias del mismo Tribunal Constitucional supuestamente afectadas por el Poder Judicial.

Luego de este giro en su fundamentación, y en la línea de justificar su posición, el Tribunal Constitucional peruano confunde los alcances de categorías jurídicas básicas como competencia y jerarquía. Además, pasa, alegando la defensa de la cosa juzgada constitucional, a declarar nulas una serie de resoluciones sin haber permitido a varios de los directamente afectados con esta decisión ser informados de lo que se venía planteando y efectuar en este contexto los descargos que consideren conveniente realizar.

Pasemos pues a apreciar con mayor detalle algunos de los aspectos que hasta aquí solamente he tenido la oportunidad de reseñar.

II. LA VARIACIÓN DE LA MATERIA DISCUTIDA: DE UN CONFLICTO CUYA PERTINENCIA ERA DEBATIBLE A UNA CONTROVERSIDIA NO PLANTEADA POR LAS PARTES Y SIN POSIBILIDAD DE DESCARGO

La entidad demandante, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, alegó para iniciar el presente proceso competencial que:

- Después de la promulgación de la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, ciertos grupos empresariales recurrieron al Poder Judicial con el objeto de sustraerse de los alcances de dicha regulación, principalmente mediante la interposición de procesos constitucionales de amparo.

- Frente a ello, pueden identificarse dos escenarios: el primero de ellos está determinado por la vigencia de la Ley N.º 27153 y la declaración de inconstitucionalidad de sus artículos 38 y 39, así como de su primera y segunda disposiciones transitorias, estando las demás disposiciones de la ley conforme a la Constitución. El segundo tiene lugar desde la vigencia del texto que modifica la Ley N.º 27153 —Ley N.º 27796— y se caracteriza por la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo, la misma que se orienta a convalidar el régimen tributario y administrativo de las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas (Expedientes. N.º 4227-2005-PA/TC, N.º 9165-2005-PA/TC, N.º 1882-2004-AA/TC, N.º 0681-2004-AA/TC, N.º 1594-2004-AA/TC, entre otros).
- En consecuencia, y frente a la supuestamente indiscutida constitucionalidad de las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo no habría podido ejecutarlas debido a que un importante número de operadores de dicha actividad cuenta con sentencias favorables emitidas por el Poder Judicial, que, pese a ser contrarias a los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional, han adquirido la calidad de cosa juzgada.
- La Ley N.º 27153, modificada por la Ley N.º 27796, Ley de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, confiere a la Dirección Nacional de Turismo facultades para autorizar, fiscalizar, supervisar, evaluar y sancionar actividades vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Ello en virtud de que dicha actividad económica se permite excepcionalmente, como parte de la actividad turística en nuestro país, siendo el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo el sector competente para llevar a cabo funciones de administración, fiscalización y sanción en dicha materia.
- Sin embargo, el Poder Judicial vendría otorgando licencias de funcionamiento a través de sus sentencias, e incluso implantando plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere. A ello finalmente habría que sumar que algunos funcionarios gubernamentales han sido denunciados por operadores informales, alegando la existencia de estas resoluciones judiciales.

A su vez, en su contestación a esta demanda, el Poder Judicial señaló que:

- De conformidad con lo establecido en la Constitución y el Código Procesal Constitucional, así como de lo que se desprende de las sentencias emitidas por el mismo Tribunal Constitucional, aquí no habría un conflicto de competencias, pues un análisis de la demanda demostrará que lo que se busca en este proceso es una revisión de sentencias que ya han adquirido carácter de cosa juzgada.
- Las resoluciones cuestionadas fueron emitidas en el marco de procesos judiciales en los cuales el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo pudo ejercer plenamente su derecho de defensa; y, en todo caso, aun en el supuesto de que

algunos jueces hubiesen fallado en un sentido distinto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello configuraría un error de juzgamiento, pasible de ser cuestionado a través de los medios impugnatorios regulados en cada tipo de proceso y no mediante un proceso competencial.

- En este sentido, el Poder Judicial se habría limitado a ejercer legítimamente el ejercicio de sus atribuciones constitucionales de controlar jurídicamente los actos de gobierno (artículos 148 y 200, inciso 2 de la Constitución), sin pretender, en ningún momento, asumir la facultad de otorgar licencias de funcionamiento, puesto que resulta evidente que dicha atribución le corresponde al Gobierno en ejercicio de su potestad administrativa.
- A tal caso, las facultades que, según el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, querría irrogarse indebidamente el Poder Judicial, le fueron otorgadas a ese ministerio por ley ordinaria (y no mediante preceptos constitucionales ni aquellos propios de una Ley Orgánica), norma que no es parte del denominado «bloque de constitucionalidad», y por ende, no configura un supuesto pasible de cuestionamiento mediante Proceso Competencial.
- Finalmente, cuestionar lo resuelto por otros jueces(zas) ordinarios(as) atentaría contra su independencia funcional, derecho de dichos magistrados(as) y garantía de los ciudadanos.

Como bien puede apreciarse, resulta difícil alegar que en este caso en concreto estamos ante una materia que debiera ser atendida a través de un medio procesal como el del proceso competencial. Sin embargo, y de acuerdo con lo señalado en los fundamentos ocho y nueve de la sentencia en comento, para el Tribunal Constitucional sí se darían los elementos objetivos [habría una afectación a los artículos 118 (incisos 1 y 9), 121 y 128 de la Constitución] y subjetivo [ambas entidades tendrían legitimación procesal para actuar dentro de este medio procesal].

Ahora bien, la plasmación del denominado elemento objetivo es aquí, en nuestra opinión, por lo menos discutible, ya que no estamos ante atribuciones en principio asignadas por la misma Constitución o por una Ley Orgánica. Sin entrar a fundamentar si en este caso nos encontramos o no ante un conflicto de jurisdicción (usando así conceptos desarrollados por, por ejemplo, Javier García Roca), es en cualquier caso difícil sustentar que en rigor estamos ante un escenario que justificaría ser abordado a través del medio procesal denominado Proceso Competencial entre, en este caso, el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior. Sin embargo, no fue eso lo que habilitó el Tribunal Constitucional peruano, el cual incluso va a ir más allá de ello.

Y es que a pesar de lo señalado por el Tribunal Constitucional en el vigésimo octavo considerando de su fallo donde declara que no es parte en este proceso competencial, son numerosos los apartados de la sentencia 006-2006-PC/TC en donde se hace evidente que la preocupación central de dicho Tribunal no es el reclamo planteado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, sino un apa-

rente conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, planteamiento en puridad no esbozado por cierto por la real contraparte del Poder Judicial en este proceso, y ante lo cual, por lo mismo, el Poder Judicial no pudo debidamente defenderse en este caso en específico, con todo lo que ello acarrea.

Para justificar la afirmación que acabo de formular bien puede traerse a colación lo expresamente señalado en varios considerandos de la sentencia 006-2006-PC/TC. Así pues, al mismo tiempo de fundamentar con cierto detalle cuál es el alcance de las sentencias de un Tribunal Constitucional, este Tribunal señalará lo siguiente:

Considerando Trigésimo sexto: «Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201°) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares» (El subrayado es mío).

Considerando cuadragésimo tercero: «Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial» (El subrayado es mío).

Considerando cuadragésimo cuarto: «Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138 de la Constitución) y a la independencia (artículo 139, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella» (El subrayado es mío).

Considerando cuadragésimo quinto: «Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de

las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino también se está deslizando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos».

Considerando cuadragésimo sexto: «*El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138 de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, (...)*». (El subrayado es mío).

Considerando quincuagésimo segundo: «*Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo «de control de la Constitución» (artículo 201), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo*». (El subrayado es mío).

Lo expuesto entonces demostraría una clara intención de hacer frente a lo que bien podría considerarse un riesgo a los fueros institucionales. Sin embargo, así como éste en puridad no debiera haber sido un tema que motive un proceso competencial, ni el Tribunal Constitucional era en puridad parte en el proceso ni la defensa de sus competencias era la materia que debió admitirse como controvertida en este caso en particular (con todo lo que ello involucra), si a esto le añadimos que lo que iba a resolverse en el proceso competencial se plantearía sin conocimiento de las personas cuyas resoluciones iban a afectarles, la imputación de una eventual situación de indefensión se encuentra entonces en serio riesgo de materializarse.

Ahora bien, a lo hasta ahora presentado falta añadir algunas precisiones. La errónea comprensión del concepto de jerarquía que aquí maneja el Tribunal Constitucional peruano es de primera impresión la tarea a analizar inicialmente en este texto, y a ello paso de inmediato.

III. UNA EQUIVOCADA COMPRENSIÓN DEL CONCEPTO JERARQUÍA Y SUS PELIGROSAS REPERCUSIONES

No contento con variarse el tenor del caso a resolver, se trae a colación, probablemente buscando así intentar justificar mejor la posición asumida, una afirmación por demás polémica: la de que el Poder Judicial debería acatar las decisiones del Tribunal Constitucional en mérito a que existe una relación de jerarquía en la cual el Poder Judicial tendría un rol subordinado al del Tribunal Constitucional. En este sentido, resulta muy ilustrativo apreciar lo señalado por el Tribunal en los considerandos vigésimo séptimo y, sobre todo, quincuagésimo primero de la sentencia que venimos comentando:

Vigésimo séptimo considerando: «En el presente caso, dada la peculiar configuración de este tipo de conflicto, no cabe recurrir al test de la competencia, pues no está en juego la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado. *En todo caso, el principio de jerarquía (de las sentencias del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones del Poder Judicial en materia de los procesos constitucionales)* es el que se muestra como el más idóneo para determinar la legitimidad de los actos jurisdiccionales que estarían menoscabando algunas de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo». (El subrayado es mío).

Quincuagésimo primero considerando: «No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. *Más aún, en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial*». (El subrayado es mío).

Analizando entonces lo prescrito por el Tribunal Constitucional peruano, debo decir, con todo respeto, que aquí el Tribunal incurre en una gran y grave confusión conceptual. El ser el supremo intérprete de la Constitución no le otorga una situación de privilegio y/o preponderancia sobre los demás organismos estatales, los cuales obviamente no son inferiores jerárquicos subordinados a sus designios. Es más, si ello fuera así, justamente se negaría aquella limitación del poder que es un elemento central en la configuración del Estado Constitucional.

Lo que justifica considerar al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución es que dentro del Estado Constitucional es indispensable que alguien cuente con esa competencia. El que las decisiones tomadas por un legislador, un ministro o un juez pudiesen ser revisables por este Tribunal no hace a éste superior jerárquico de legisladores, ministros o jueces. Estamos pues ante un tema de competencias y no de jerarquías, y lo dicho por el Tribunal Constitucional en este caso debiera ser dejado de lado a la brevedad posible.

IV. LA «MODIFICACIÓN» DEL CONCEPTO DE COSA JUZGADA

Como hoy es de conocimiento público, el Tribunal Constitucional peruano, como colofón de la sentencia emitida en el caso recogido en el expediente 006-2006-PC/TC, va a declarar nulas una serie de sentencias, incluso cuando algunas de ellas ya habían adquirido la calidad de cosa juzgada. Los argumentos para sustentar esta polémica y radical decisión son básicamente los siguientes:

1. Que dichas sentencias del Poder Judicial habrían vulnerado lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional sobre casinos.
2. Que en la emisión de esas sentencias no se habría respetado lo señalado en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
3. Que, y como consecuencia de ello, la alegada cosa juzgada ya existente en algunos casos no sería tal, pues finalmente lo que cuenta es la denominada cosa juzgada constitucional.

Varios son los aspectos que bien podrían cuestionarse de lo recientemente señalado. Así, por ejemplo, bien puede anotarse como muchas de las sentencias de la judicatura ordinaria finalmente declaradas nulas fueron dictadas antes que el Tribunal Constitucional peruano tuviese algún pronunciamiento al respecto. También cabría señalar que era imposible seguir las pautas del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previsto para regular casos donde se ha ejercido el control difuso, si, como en varias sentencias declaradas nulas por el Tribunal Constitucional, nunca se hizo ejercicio del control difuso. Sin embargo, permítaseme efectuar alguna observación adicional sobre el tema de la cosa juzgada.

La cosa juzgada, aspecto esencial de la función jurisdiccional está recogida en los incisos segundo y décimo tercero del artículo 139 de la Constitución de 1993, así como —por lo menos, en lo referido al Poder Judicial— el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite solamente unos muy puntuales límites: el no haber sido dictada con fraude y el haber sido emitida respetando derechos como el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva. Es más, esos límites no son invocables por siempre, sino que existe un plazo para ello, plazo que por cierto es de caducidad.

Y como si lo expuesto no fuese suficiente, los diferentes ordenamientos jurídicos buscan establecer vías específicas para procesar los eventuales supuestos de

nulidad de una sentencia. En el caso peruano estas vías, para supuestos cuyas diferencias entre sí no viene al caso abordar en el presente informe, son el proceso constitucional de Amparo y el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Todo ello tiene un especial sentido: si la cosa juzgada pudiese ser modificada de cualquier manera y por cualquier camino, esta carecería de sentido y la misma labor jurisdiccional perdería virtualidad y relevancia, al ser despojada de su exigibilidad.

Por ello es que la dogmática procesal a nivel mundial es unánime en apostar por la tutela de la cosa juzgada, habilitando excepcionalmente y en forma taxativa los supuestos y las vías procesales para discutir su eventual nulidad. Sin embargo, no es eso lo hecho por el Tribunal Constitucional peruano, quien declara nulas sentencias alegando el respeto a la cosa juzgada constitucional o recurriendo a supuestos no habilitados por el ordenamiento jurídico como causales de nulidad. El Tribunal Constitucional peruano peligrosamente aquí olvida que en algún caso, dicha entidad todavía no ha fijado posiciones o precedentes, y que, en cualquier supuesto escenario, sus competencias no son ilimitadas. Todo lo contrario, pues en la misma línea de lo que le ocurre a todo organismo dentro de un Estado Constitucional, su margen de acción se da dentro de ciertos parámetros previamente establecidos.

El Tribunal Constitucional peruano también parece olvidar que la nulidad es una sanción. Pueden existir entonces supuestos que no gusten o hasta que parezcan incorrectos, y sin embargo, no se podrá declarar su nulidad si no estaba prevista la aplicación de la sanción de nulidad para ese tipo de casos. Exactamente lo mismo pasa con las sentencias del Poder Judicial: ellas en rigor no pueden ser declaradas nulas por cualquier motivo y menos aún en el escenario de un proceso competencial, medio procesal cuya razón de ser es otra, independientemente de la que pudiese haber sido la intención del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo al presentar su demanda. Otra grave equivocación de este fallo, con repercusiones realmente perniciosas para la plena vigencia de un Estado Constitucional.

Muy a despecho de lo ya anotado, también se hace necesario formular algunas apreciaciones sobre en qué casos en particular se ha declarado nulas ciertas sentencias. Procederé a siquiera puntualmente a abordar lo referente a ese aspecto del fallo que aquí viene analizándose.

V. EL PARTICULAR ESCENARIO EN EL CUAL SE DECLARAN NULAS CIERTAS SENTENCIAS

Principio básico del Derecho en general es el de permitirle a quien vaya a ser afectado por una decisión expresar su punto de vista o sus eventuales descargos al respecto. Nada de eso se ha hecho en este caso, en el cual algunos ciudadanos se van a enterar de la nulidad de algunas sentencias en base a las cuales van a configurar (o lo han hecho ya) una serie de relaciones y situaciones jurídicas sin

haber tenido oportunidad de decir su verdad sobre lo discutido. La alegación de que aquí pudiese configurarse una situación de indefensión, mediante la cual posiblemente alguien pudiera conseguir una recomendación de la Comisión o una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano es, ante acontecimientos como los aquí narrados, una alternativa con una alta probabilidad de materializarse.

Pero, por otro lado, no todas las sentencias declaradas nulas por el Tribunal Constitucional en este caso implicaban el ejercicio de control difuso, y menos aún, la ruptura con precedentes previamente establecidos por el Supremo Intérprete de la Constitución peruana vigente. Ello se hace patente en casos como el resuelto por la Jueza doctora Roxana Jiménez Vargas —Machuca en el proceso de amparo número 2153-2004 (Demandante: Inversiones KNNS.A.C., Demandado: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo — MINCETUR), donde lo resuelto por la jueza de la causa y confirmado por la Sala correspondiente implicó en el mejor de los casos la determinación de la normativa vigente.

No hubo allí control difuso, y por ende, no había necesidad de seguir el procedimiento del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No hubo tampoco vulneración a precedentes del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en un proceso no previsto como vía para declarar nulas sentencias judiciales, se procede a plasmar esa nulidad en base a supuestos que, por decir lo menos, son de muy discutible validez. La lista de preocupaciones que genera esta sentencia es pues a todas luces muy significativa.

VI. APUNTES A MODO DE CONCLUSIÓN

Vivimos en una época donde la denominada «constitucionalización del Derecho» y sus diversos alcances (siguiendo la conocida caracterización de Louis Favoreu, sus efectos directos e indirectos, y sus distintas especificaciones) hoy generan múltiples repercusiones. Cambios en los márgenes de acción de los órganos y organismos en que materializa el Poder (constitucionalización jurisdicción); modificación de la configuración del sistema de fuentes o de las pautas de producción de normas (constitucionalización elevación); influencia en la comprensión de las diferentes ramas del Derecho (constitucionalización transformación); o modernización, unificación y simplificación de todo el ordenamiento jurídico son sin duda algunas de las más relevantes.

El Derecho y su interpretación se impregnan entonces de principios y valores. Se abandona la idea de la existencia de respuestas correctas o infalibles, y se potencia una comprensión de los temas más bien tópica, flexible o casuística, donde la carga argumentativa y el uso de técnicas como la ponderación, o juicios de razonabilidad o proporcionalidad resultan ahora mucho más frecuentes. Y frente a este cambio de parámetros, pasa a un primer lugar la pregunta sobre hasta dónde llega hoy el rol del intérprete cuya labor interpretativa suele articularse cada vez más en la actualización y concretización de un ámbito normativo o jurídico.

Esa es tal vez la preocupación central en el escenario de la interpretación constitucional, y sobre todo cuando deben sopesarse las competencias asignadas a los jueces constitucionales frente a las atribuciones de otras instituciones, máxime si esas entidades también cuentan con la posibilidad de emitir interpretaciones vinculantes de la misma Constitución. Por ello si bien puede entenderse como las denominadas «Guerras de las Cortes», o innecesarias confrontaciones que eventualmente pueden presentarse entre un Tribunal Constitucional y el Poder Judicial o judicatura ordinaria de un mismo país poco ayudan al fortalecimiento de un verdadero Estado Constitucional.

Todos indudablemente debiéramos estar en la línea de fortalecer el Estado Constitucional y sus instituciones. Sin embargo, ello no parece apuntarse con sentencias como la emitida por el Tribunal Constitucional Peruano ante el expediente 006-2006-PC/TC, cuyos yerros aquí han sido explicitados. Y es que esta sentencia, además de crear una innecesaria e inconveniente tensión entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, genera riesgos como el de que cualquier entidad pública pueda entender que no debe acatar una resolución judicial si asume que con ésta se restringen sus competencias, sin importar la real bondad o error de las resoluciones judiciales cuestionadas; y, lo que es más polémico, contando para ello con el eventual aval de una sentencia del Supremo Intérprete de la Constitución que pareciera apuntalar ese tipo de razonamientos.

El Tribunal Constitucional peruano ha emitido y sigue emitiendo pronunciamientos que son muy provechosos para el país. Pero, en cualquier caso, no debiera olvidar que su labor admite límites, sean estos consecuencia de ser y tener autoridad (racionalidad; razonabilidad; respeto a su margen de competencias, así como las asignadas a otras autoridades), o resultado de su propia naturaleza jurisdiccional (alejamiento de juicios de calidad y/o de oportunidad, congruencia o circunscripción a la materia puesta en su conocimiento, etcétera).

Es en ese contexto que, independientemente de la buena voluntad que pueda motivar nuestro accionar, no debe soslayarse como, por lo menos dentro de un Estado Constitucional, la autonomía del Poder Judicial y la independencia del juez deben en todo momento ser respetadas y además, hacerse respetar. Y es que solamente respetando las competencias de cada quien podrán alcanzarse las mejoras con las cuales en principio estamos comprometidos. El fortalecimiento institucional del país y la tranquilidad de sus ciudadanos así lo reclaman.

La abolición de la cosa juzgada. A propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC

ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA
JAIME DAVID ABANTO TORRES *

SUMARIO: I. Introducción. II. La posición del Tribunal Constitucional en torno a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas. III. El caso. IV. Un caso antecedente. V. Control difuso y control concentrado. VI. El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución. VII. El Tribunal Constitucional rebasó los límites del proceso competencial. VIII. El Tribunal Constitucional resolvió vulnerando los derechos al debido proceso, de defensa y a la ejecución de las sentencias constitucionales con motivación insuficiente. IX. El Tribunal Constitucional fomenta la intromisión de los órganos administrativos de control en asuntos jurisdiccionales. X. La consulta de las sentencias en el proceso de amparo. XI. Un caso concreto. XII. Los confusos alcances del fallo. XIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional ha resuelto el proceso competencial seguido por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) con el Poder Judicial. En el fallo de dicha sentencia el Tribunal ha declarado la nulidad de diversas sentencias expedidas en procesos de amparo —incluida una expedida en un proceso ordinario que llegó a la Corte Suprema vía Casación— que estimaron demandas referidas a pretensiones sobre materias que regulan los casinos y tragamonedas.

* Jueces Titulares de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La publicación de esta sentencia, en marzo de este año, produjo honda inquietud y ha suscitado no pocos debates y opiniones, destacando un pronunciamiento del Poder Judicial —a través de la Sala Plena de la Corte Suprema—, para el cual esta decisión constituye una seria amenaza a la independencia judicial, al valor de cosa juzgada con que la Constitución dota a las decisiones definitivas del Poder Judicial y, en definitiva, a la seguridad jurídica.

El objeto de este trabajo es alcanzar algunas reflexiones respecto de los problemas que, a nuestro entender, se han generado en nuestro sistema jurídico a raíz de la referida sentencia, las que serán desarrolladas en las siguientes líneas.

II. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA EXPLOTACIÓN DE LOS JUEGOS DE CASINO Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

Por sentencia de fecha 29 de enero de 2002, recaída en el Expediente N.º 009-2001-AI/TC¹, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 38.1, 39, Segunda y Primera Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153, esta última disposición en la parte que señala un «*máximo de (120) ciento veinte días calendario*» y, por conexión, el artículo 1 de la Ley N.º 27232, en la parte que establece «*(60) sesenta días calendario*», debiendo interpretarse ambas disposiciones según lo expresado en el fundamento jurídico N.º 18, integrándose a la parte resolutive de la sentencia los fundamentos jurídicos N.ºs. 7 y 16; e INFUNDADA en lo demás que contiene.

Por sentencia de fecha 2 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N.º 4427-2005-PA/TC, en los seguidos por Royal Gaming S.A.C.², el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo; asimismo, declaró que dicha sentencia constituye precedente vinculante, y que al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional —que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que el Tribunal desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad—, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando

1 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00009-2001-AI.html>.

2 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04227-2005-AA.html>.

proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

III. EL CASO

Con fecha 13 de octubre de 2006, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), ante los procesos judiciales relacionados con casinos de juego y máquinas tragamonedas que había perdido, interpuso demanda de conflicto de competencias contra el Poder Judicial por considerar que, en sede judicial, se vienen afectando las esferas de competencia del Poder Ejecutivo; concretamente los artículos 118, incisos 1 y 9 y 121 y 128 de la Constitución.

Específicamente, el MINCETUR pidió:

- a) que se determine si el Poder Judicial puede declarar inaplicables normas que regulan las actividades de los casinos de juego y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, y
- b) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales que afectan distintas normas legales y, de manera genérica, la nulidad de «todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originan conflictos de competencia entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).»

El Tribunal Constitucional consideró que se había producido un *conflicto de competencias por menoscabo*, debido a que el Poder Judicial había estimado demandas desconociendo los efectos normativos de la sentencia recaída en el Expediente N.º 009-2001-AI/TC, y el precedente vinculante establecido en la sentencia emitida en el Expediente N.º 4427-2005-PA/TC, en los que se había establecido la constitucionalidad de la Ley N.º 27513 y su modificatoria Ley N.º 27796, del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR y las Resoluciones de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT y N.º 052-2003/SUNAT.

El Tribunal entendió que esta actuación había afectado las atribuciones del Poder Ejecutivo en relación a su atribución constitucional de hacer cumplir la Ley N.º 27513 modificada por la Ley N.º 27796.

Es así que por sentencia de fecha 12 de febrero de 2007, recaída en el Expediente N.º 006-2006-PC/TC³, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo) contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118, incisos 1 y 9, de la Constitución Política del Estado y, en consecuencia, nulas diversas sentencias judiciales (13 en total) por contravenir la sentencia 09-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC;

3 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC.html>.

sin efecto, otro grupo de sentencias (7 en total), hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴.

Finalmente, el Tribunal Constitucional dispuso que se ponga esta sentencia en conocimiento de la OCMA para que ésta proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada el 4 de abril de 2006.

IV. UN CASO ANTECEDENTE

No es la primera vez que una sentencia del Tribunal Constitucional deja sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada. Recordemos la sentencia de fecha 3 de enero de 2003, recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC⁵, en los seguidos por Marcelino Tineo Silva —más conocido como el caso de la Legislación Antiterrorista—. Al referirse a la realización de los nuevos procesos, el Tribunal consideró que:

«229. Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento. En ese sentido, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párra-

4 Artículo 14 LOPJ.- «Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.»

5 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

fo del artículo 103 (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

230. Considera el Tribunal Constitucional que tal regla al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N.º 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo, pues como expone este Tribunal en los fundamentos 36, 37 y 38, los mismos supuestos prohibidos por el Decreto Ley N.º 25659 se encuentran regulados por el Decreto Ley 25475.

En consecuencia, una vez que el legislador regule el cauce procesal señalado en el párrafo anterior, la posibilidad de plantear la realización de un nuevo proceso penal, ha de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado.

Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Legislativo a dictar en un plazo razonable la forma y el modo con el que se tramitarán, eventualmente, las reclamaciones particulares a las que antes se ha hecho referencia».

Dicha decisión era justificable, puesto que fue tomada asumiendo una interpretación favorable a los derechos fundamentales. Por otro lado, no se declaró la nulidad automática del proceso, sino que se instó al Congreso a dictar una nueva normatividad y se facultó al procesado el inicio de un nuevo proceso. En aquel caso, la decisión se tomó en defensa de los derechos fundamentales de los procesados.

En la sentencia en comento, es indudable que la decisión favorece al Estado. Consideramos, a no dudar, problemático que habiendo el Tribunal Constitucional zanjado el problema de los casinos y tragamonedas en las sentencias recaídas en los expedientes N.º 09-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC, algunos magistrados del Poder Judicial, por ignorancia, por negligencia —lo que podría incluir la perniciosa práctica de la delegación de las decisiones en los secretarios— o por malicia, hicieran caso omiso de las mismas, circunstancias que merecen ser investigadas y, de ser el caso, aplicar las sanciones que pudieran corresponder. No obstante, más problemática aún resulta la *solución* que da el Tribunal Constitucional, por las razones que pasaremos a explicar.

V. CONTROL DIFUSO Y CONTROL CONCENTRADO

Al igual que en la Constitución de 1979, el sistema de Jurisdicción o Justicia Constitucional establecido por la Constitución de 1993 es mixto, porque concilia el sistema norteamericano de la *judicial review* (control difuso, múltiple, concreto o descentralizado) de la constitucionalidad de las normas, con efectos limitados al caso concreto, previsto en el artículo 138 *in fine* de la Constitución, con el sistema europeo, austriaco-kelseniano (control concentrado, uniforme, abstracto o centralizado) de declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos amplios y generales por un órgano ad hoc o especializado —el Tribunal Constitucional—, establecido por el artículo 201 de la Constitución, que además conoce los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley de acuerdo al artículo 202, inciso 3, de la Constitución.

En el Perú, el control abstracto de la constitucionalidad de las normas es compartido por el Tribunal Constitucional y por el Poder Judicial. El primero es competente para conocer las acciones de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley, mientras que el Poder Judicial conoce las acciones populares, que proceden por infracción de la Constitución y la ley, contra las normas de inferior jerarquía a la ley.

Por su parte, los jueces ordinarios pueden ejercitar el control difuso o *judicial review*⁶ en un caso y controversia concretos, tanto en procesos de la jurisdicción ordinaria como en procesos de garantía constitucional (amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento), con efectos que, como se ha señalado, solamente involucran a quienes son parte de ese proceso en particular. En estos últimos, el Tribunal Constitucional es la instancia final vía recurso extraordinario contra las resoluciones denegatorias⁷, pudiendo ejercitar también, por cierto, el control difuso.

6 Atribución judicial que ha de ser ejercida bajo determinados parámetros que, en lo fundamental, se centran en que el control difuso sea ejercido dentro de un proceso judicial y que la norma a analizar sea relevante para resolver la controversia concreta pendiente de solución e implique la lesión de un interés constitucionalmente protegido, sin que sea posible comprender tal norma preservando su conformidad con la Constitución. (Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista, Lima, 2005, pp. 132 y 133.).

7 Sentencia de fecha 19 de abril de 2007, recaída en el Expediente N.º 4583-2004-PA/TC en los seguidos por la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.html>. El Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante los presupuestos para la procedencia del «amparo contra amparo»⁸, constituirá objeto del «amparo contra amparo: «a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos

VI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

Se admite pacíficamente en la doctrina constitucional que la Constitución tiene varios intérpretes. Interpretan la Constitución el Congreso, al aprobar una ley; el Ejecutivo, al reglamentarla; y el Poder Judicial, al dictar una sentencia.

La doctrina es unánime al reconocer la calidad de intérprete supremo de la Constitución a los Tribunales Constitucionales, en los ordenamientos en que éstos existen. El Tribunal Constitucional es, de esa manera, el órgano que tiene la última palabra en el tema de la interpretación de la Constitución, sin desmerecer la interpretación ordinaria del legislador.

Así lo reconoce expresamente la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁸. Asimismo, conforme lo ha establecido el propio Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 2 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N.º 0030-2005-PI/TC⁹:

«5.3 ¿Por qué el artículo 1 de la LOTC establece que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución?

46. Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional».

En cuanto a la pretensión, «también puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el *desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal*, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia».

Podemos apreciar que el Tribunal Constitucional ha establecido la procedencia del amparo contra amparo cuando la sentencia estimatoria contravenga la interpretación realizada respecto a la constitucionalidad de una ley, retomando lo prescrito por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8 «Artículo 1.- Definición. El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.»

9 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>.

En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es este Tribunal el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional —llamado a proteger en definitiva (artículos 138 y 200 a 204) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38, 45 y 51)— el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo.

47. Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1 de su Ley Orgánica —Ley N.º 28301— y el artículo 1 del Reglamento Normativo del TC. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CP-Const., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138 de la Constitución), establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Éstas no son creaciones ex novo del legislador del CPConst., sino concretizaciones de una interpretación conjunta de los artículos 138, 201 y 203 de la Constitución.

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

49. De esta manera, deriva de la propia Constitución que al Tribunal Constitucional corresponda la interpretación suprema de la Constitución, pues es la única forma de asegurar, de un lado, la garantía jurisdiccional (artículo 200) que es inherente a su condición de norma jurídica suprema (artículos 38, 45 y 51), y, de otro, el equilibrio necesario a efectos

de impedir que los otros órganos constitucionales —en especial, el Congreso de la República— se encuentren exentos de control jurisdiccional, lo que tendría lugar si pudiesen desvincularse de las resoluciones dictadas en el proceso que tiene por objeto, justamente, controlar la constitucionalidad de su producción normativa».

Como anota Díaz Revorio, «de este modo, como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es constitucionalmente infalible, pues ningún otro órgano puede corregir o rectificar sus decisiones»¹⁰.

Una interpretación sistemática de los artículos 201, 202 y 204 de la Constitución peruana nos llevará a la conclusión de que el Tribunal Constitucional es el supremo y definitivo intérprete de la Constitución¹¹.

Ahora bien, difícilmente el constituyente peruano reconocerá al Tribunal Constitucional, de manera expresa, la función de intérprete supremo de la Constitución. No obstante ello, dicha atribución es inherente a cualquier Tribunal Constitucional.

VII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL REBASÓ LOS LÍMITES DEL PROCESO COMPETENCIAL

El artículo 109 del Código Procesal Constitucional señala que el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan:

- 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o a ellos entre sí; o
- 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

Conforme al artículo 113 del Código acotado, «La 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*».

10 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Ob. cit., p. 259.

11 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*. Justicia Viva, Lima, abril de 2006. En: <http://www.justiciaviva.org.pe>, p. 42. (Consultado el 30 de junio de 2006).

Como puede verse con suma facilidad, el Código Procesal Constitucional está regulando los conflictos de competencias administrativas entre órganos constitucionales. De allí la expresa referencia a la nulidad de actos administrativos (cuyas formas externas, de acuerdo a la misma norma, pueden consistir en resoluciones, disposiciones o actos). La competencia del Tribunal Constitucional en el proceso competencial no comprende el cuestionamiento de resoluciones judiciales. Ello, en virtud de los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, consagrados por el artículo 139, inciso 1, de la Constitución.

Estos principios se entrelazan con el principio de corrección funcional, cuyo contenido ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en el caso Lizana Puelles¹²: «Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado».

Lo señalado significa que el Tribunal Constitucional, en un proceso competencial, no puede desvirtuar las funciones y competencias del Poder Judicial, consistentes en el conocimiento, tramitación y resolución de las acciones de garantía conforme al artículo 200, incisos 1, 2, 3 y 6, de la Constitución y no puede interferir en el ejercicio de las funciones del Poder Judicial, ni dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, pues ello, además, atenta contra la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, conforme al artículo 139, inciso 2, de la Constitución.

En el fundamento 27 de la sentencia bajo comentario, el Tribunal Constitucional, en lugar de recurrir al *test de la competencia*, que es el idóneo para resolver conflictos competenciales, recurre al principio de jerarquía (de las sentencias del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones del Poder Judicial en materia de los procesos constitucionales) para resolver el caso, no sin antes reconocer que no estaba en juego «la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado». Si esto era así, no existía discusión alguna respecto de las atribuciones del Poder Judicial, por lo que lo jurídicamente razonable habría sido declarar la improcedencia de la demanda.

Sin embargo, lejos de ello, el Tribunal Constitucional decidió que por medio del proceso competencial se puede discutir un acto jurisdiccional, no obstante haber norma expresa que establece lo contrario y, bajo esa premisa, acudió a un control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales, bajo el forzado e irreal ropaje del proceso competencial, cuando ni siquiera podría haberlo hecho al resol-

12 Sentencia de fecha 8 de diciembre de 2005, recaída en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, en los seguidos por Pedro Andrés Lizana Puelles, fundamento 12 c. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>.

ver los procesos constitucionales que dieron origen al proceso competencial, a tenor del artículo 202, inciso 2, de la Constitución, que solo le otorga competencia en materia de resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Para colmo, lo hizo sin dar a conocer el razonamiento, que suponemos debió elaborar, que lo llevó a semejante engrosamiento y desborde del delimitado objeto de una pretensión que se tramita en un proceso de grado único.

Consideramos que, de institucionalizarse este novedoso «proceso competencial» como medio de incumplir resoluciones judiciales, se atentaría contra la seguridad jurídica —necesario bastión de la democracia y el desarrollo—, pues cualquier resolución judicial, consentida o ejecutoriada, en cualquier momento, aún en la etapa de ejecución, o inclusive años después de haber sido archivado el expediente por conclusión del proceso, podría ser dejada sin efecto por un ente ajeno al Poder Judicial.

Y ello, reiteramos, sin límite en el tiempo, es decir, sin plazo prescriptorio alguno, en mérito a la novedosa distinción que el Tribunal ha elaborado, en la sentencia en comento, entre la «cosa juzgada judicial» (precaria, provisional y mutable) y la «cosa juzgada constitucional» —concepto creado y empleado en otras latitudes con distinto contenido—, siendo esta última, para el Tribunal, la única auténtica e inmutable cosa juzgada, idea esta última que pareciera trasuntar, aunque de forma algo soterrada, la noción de «única respuesta correcta» para cada caso, lo cual puede constituir un corsé inadecuado y hasta impropio en un Estado Constitucional.

VIII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESOLVIÓ VULNERANDO LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, DE DEFENSA Y A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES CON MOTIVACIÓN INSUFICIENTE

Por otro lado, en el supuesto negado de que el Tribunal Constitucional fuese competente para anular resoluciones judiciales, fuera del marco del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y del proceso de amparo contra resoluciones judiciales, la decisión del Tribunal carece de la motivación más elemental, lo que resulta, como mínimo, alarmante.

La comunidad jurídica, y la sociedad en general, desconoce los alcances de las resoluciones judiciales que fueron anuladas así como de las que fueron dejadas provisionalmente sin efecto, ni sus fundamentos, ni cómo éstos contravienen los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional o sus sentencias normativas, en cada uno de los casos concretos.

1. Derecho al debido proceso.

En los últimos años, el propio Tribunal Constitucional ha ido construyendo todo un desarrollo del derecho al debido proceso, el derecho de defensa y la motivación de las resoluciones judiciales.

Por citar únicamente un caso, se tiene la sentencia de fecha 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, en los seguidos por Juan Carlos Callegari Herazo¹³.

Si se toma en cuenta que el Tribunal Constitucional no solo reconoce sino proclama que «*el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos*» y que «*cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo —como en el caso de autos—, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*»¹⁴, no resulta comprensible que no haya admitido la intervención, en calidad de litisconsortes necesarios pasivos, de quienes obtuvieron sentencias favorables y definitivas en el Poder Judicial.

2. Derecho de defensa.

Si es claro que «el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio», y que «este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover»¹⁵, no logramos entender cómo se declara la nulidad de diversas sentencias sin haber citado a ninguno de los demandantes en los diversos procesos contra el MINCE-TUR. Menos aún si se trata de quienes habían obtenido sentencias favorables y definitivas en los procesos ordinarios o constitucionales, los que ni siquiera fueron citados ni oídos.

Es por ello que en este caso, el intérprete supremo de la Constitución, por esencia defensor de los derechos fundamentales, les ha arrebatado la estabilidad que confiere la cosa juzgada, con el agravante de haberlo hecho en un proceso en el que les ha negado el derecho al debido proceso, desconociéndoles por ende también el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, contravieniendo de manera muy preocupante la propia doctrina que ha desarrollado y difundido.

13 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>.

14 Fundamento 24.

15 Fundamento 27.

3. Derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales.

Revisando la sentencia de fecha 29 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N.º 4119-2005-PA/TC¹⁶, en los seguidos por Roberto Renato Bryson Barrenechea, se aprecia que el Tribunal Constitucional aborda y desarrolla el derecho a la ejecución de la sentencia constitucional, la ejecución de las sentencias en los procesos de tutela de los derechos, la responsabilidad de los jueces ejecutores y el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros temas.

Solo conocemos un caso en el que el Tribunal Constitucional ha declarado inejecutables sentencias de amparo. Se trata de la sentencia de fecha 13 de abril de 2005, recaída en el Expediente N.º 0054-2004-PI/TC¹⁷, en los seguidos por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí; en ella, el Tribunal declaró la inejecutabilidad de las acciones de amparo que se fundamentaban en autorizaciones provisionales expedidas por la municipalidad emplazada.

«11. Sobre el particular, este Colegiado estima necesario precisar que las acciones de amparo que sirvieron de base para la expedición de la Ordenanza N.º 018-2004-CM-M y que a su vez se basaron en autorizaciones provisionales expedidas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí para circular por la circunscripción territorial de la Municipalidad Metropolitana de Lima, han devenido en inejecutables, toda vez que la Resolución Directoral N.º 001-2002-MTC/15.22 de fecha 2 de julio de 2002, expedida por el Ministerio de Transportes, Vivienda y Construcción, conforme a la Ley N.º 27181, determinó que las provincias de Lima y Huarochirí «no constituyen un área urbana continua», por lo que ha desaparecido un requisito sine qua non para la aplicación de los actos administrativos que concedían las licencias provisionales y en el que se fundamentaban las resoluciones judiciales aludidas».

En dicho caso, el Tribunal Constitucional justificó la inejecutabilidad de las sentencias en un acto administrativo amparado en una Ley, que dejó sin sustento los argumentos de los fallos judiciales.

En el caso que nos ocupa, el derecho a la ejecución de las sentencias en los procesos de tutela de los derechos fue también eliminado, sin que hayan sido citados ni oídos quienes obtuvieron dichas sentencias finales favorables.

16 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04119-2005-AA.html>

17 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00054-2004-AI.html>.

4. El Tribunal resolvió vulnerando los derechos señalados con motivación insuficiente.

Si consideramos que «motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada»¹⁸, no resulta explicable que no haya sido materia de los fundamentos (parte considerativa) del Tribunal ni siquiera uno de los procesos judiciales cuyas sentencias han sido anuladas. Motivar —y, además, escasamente— en el *fallo* como ha intentado hacerlo el Tribunal Constitucional constituye una falta de respeto a los operadores jurídicos. Nosotros consideramos que el Tribunal Constitucional debe predicar con el ejemplo, y no dejar de lado su propia jurisprudencia constitucional.

La calidad de máximo intérprete de Constitución y la ausencia de instancias revisoras de las decisiones del Tribunal —lo que revela la ausencia o deficiencia de *accountability*— no deben cegar a los miembros de éste a tal extremo que lleguen a estimar que pueden anular procesos completos, haciendo un listado de ellos en el fallo (sin mención de ningún caso en la parte considerativa de la sentencia), en el que se indique de modo brevísimo e insuficiente la razón de la decisión nulificante. Por el contrario, a mayor poder, mayor es el deber de transparencia, que se traduce fundamentalmente en la motivación¹⁹.

Por otro lado, resulta por demás curioso que el Tribunal Constitucional de por descontado que en todas y cada una de las sentencias judiciales dejadas sin efecto se hizo control difuso, cuando no existe evidencia alguna de que así fuese, como tampoco existe evidencia alguna de que en todos y cada uno de los casos se vulneraron precedentes vinculantes.

IX. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FOMENTA LA INTROMISIÓN DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS DE CONTROL EN ASUNTOS JURISDICCIONALES

Por Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA²⁰ de fecha 13 de marzo de 2006, publicada el 4 de abril del mismo año en el Diario Oficial El Peruano, se dispuso que todos los órganos jurisdiccionales, bajo responsabilidad funcional,

18 Fundamento 34.

19 En palabras de Nicanor León, Presidente de la Corte de Lima a fines del siglo XIX, «Fallar sin justificar el fallo, es una obra del más abominable de los despotismos, del despotismo judicial, que compromete el decoro del magistrado y el prestigio de la magistratura.» (Circular de la Corte Superior de Lima, de fecha 18 de agosto de 1899).

20 Puede consultarse el texto completo de la Resolución en:

<http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/res-021-2006-J-OCMA-PJ.pdf>. (Citado el 30 de junio de 2006).

debían dar cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N.º 0206-2005-PA/TC y N.º 4227-2005-PA/TC publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo, ya fijados o por fijarse.

Al día siguiente, esto es, el 5 de abril de 2006, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial publicó un comunicado²¹ dirigido a los magistrados del Poder Judicial, señalando que conforme a los artículos 138 y 139, inciso 1, de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y las leyes, y que los magistrados judiciales solo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en los artículos 146, inciso 1, de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En diversas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha resaltado la vigencia de la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA²².

Así lo hizo en la sentencia de fecha 30 de abril de 2006²³, recaída en el Expediente N.º 1567-2006-PA/TC, en los seguidos por la Compañía de Exploraciones Algamarca. En ella, el Tribunal Constitucional reiteró la importancia que tiene el cumplimiento de los precedentes vinculantes, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resaltando que una institución como la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial haya dispuesto que, bajo responsabilidad funcional, los órganos jurisdiccionales de la República deben dar cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes, recordando que, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal 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», recalcando que los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005-PHC Caso Cantuarias Salaverry²⁴ son de obligatorio cumplimiento, a fin de prevenir posibles e ilegítimas interferencias en el desarrollo de un proceso arbitral.

21 Puede consultarse el texto de la Circular en:

http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/comunicado_cepj.pdf. (Citado el 30 de junio de 2006).

22 Puede consultarse el texto completo de la Resolución en:

<http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/res-021-2006-J-OCMA-PJ.pdf>. (Citado el 30 de junio de 2006).

23 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01567-2006-AA.html> (Consultado el 18 de diciembre de 2006).

24 En <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

En el segundo caso, en la sentencia de fecha 8 de agosto de 2006, recaída en el Expediente N.º 04245-2006-PA/TC, en los seguidos por la Dirección Regional de Comercio Exterior y Turismo de Huancavelica²⁵, el Tribunal no solo recordó que se encuentra vigente la Resolución de Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, disponiendo que todos los órganos jurisdiccionales de la República están obligados a cumplir los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional respecto a criterios de procedibilidad en demandas de amparo en materia laboral y al impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, sino que además ordenó que la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial requiera a todos los órganos jurisdiccionales las sentencias que hayan sido declaradas fundadas en materia de casinos de juego y máquinas tragamonedas, derivadas de los procesos de amparo tramitados desde —e inclusive— el año 2002, para que inicien las acciones administrativas que estimen pertinentes.

Dispuso también el Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia, que el resultado de dicha investigación se ponga en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control Interno del Ministerio Público, para los fines pertinentes. Ello, con el objeto de investigar y sancionar situaciones como la ocurrida en el referido proceso, o como las que han dado lugar a que se expida la Resolución Ministerial N.º 240-2006-MINCETUR/DM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de agosto de 2006, a través de la cual la Ministra de Comercio Exterior y Turismo autorizó a la procuradora ad hoc a iniciar acciones judiciales contra el magistrado provisional del Juzgado Civil de Cajamarca por la presunta comisión de ilícito penal en la tramitación de un proceso de amparo en contra del MINCETUR, violando el debido proceso, y que copia de dicho informe, así como de la documentación que lo sustente, fueran puestos en conocimiento de la Fiscalía de la Nación, para que el Ministerio Público ejercite las atribuciones que le señala el artículo 159 de la Constitución.

En el mismo sentido, en el caso bajo comento, el Tribunal Constitucional ha resaltado nuevamente la vigencia de la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA y ha declarado que carece de valor jurídico el Comunicado publicado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Nosotros consideramos necesario incidir en que la OCMA carece de competencia en materia evidentemente jurisdiccional²⁶. Ahora bien, no deja de tener ra-

25 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04245-2006-AA.html>.

26 LOPJ, artículo 212.- «No da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos.»

ROF de la OCMA, artículo 43.- «Improcedencia de la queja.- El Jefe de la ODICMA o la Comisión de Procesos Disciplinarios, en los asuntos de su competencia, declarará la improcedencia de la queja, cuando de la calificación, advierta lo siguiente:

[...]

d) Esté dirigida a cuestionar hechos evidentemente jurisdiccionales.»

zón cuando considera lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁷ con relación a los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

En este punto resulta necesario, imprescindible, hilar fino la delicada madeja entre lo jurisdiccional y lo funcional, para discriminar de manera adecuada las competencias y atribuciones, por cuanto pareciera que el Tribunal Constitucional, consciente o inconscientemente, apunta a convertir a la Oficina de Control de la Magistratura en una suprainstancia oficiosa revisora de aspectos sustantivos de las decisiones jurisdiccionales, atribución que no le corresponde y que es de competencia exclusiva de los jueces que conocen del recurso de apelación.

Así, resulta pertinente preguntarse si acaso tiene mayor valor la interpretación del precedente vinculante que tenga un órgano administrativo que la interpretación del órgano jurisdiccional competente, y si conoce el Tribunal Constitucional que no pocos magistrados tienen proceso disciplinario abierto precisamente por haber aplicado los precedentes vinculantes o la jurisprudencia del intérprete supremo de la Constitución.

La resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, en nuestra opinión, de ser interpretada de manera ciega y sin perspectiva, puede llevar a invadir la competencia de los jueces en asuntos evidentemente jurisdiccionales que no son materia de la competencia de los órganos de control. De esa manera, el Tribunal Constitucional, quizá sin pretenderlo, al forzar la función del órgano de control llegue a desnaturalizarlo, convirtiéndolo en una suprainstancia revisora de las resoluciones judiciales en toda clase de procesos, con lo que podría generar caos e inseguridad jurídica, al borrar la línea divisoria que separa y distingue la función administrativa de la jurisdiccional, afectando de esa manera la independencia judicial. Esto reviste la mayor trascendencia, pues, entre otros efectos, puede generar incentivos perversos en abogados y litigantes, quienes podrían tener —o creer que tienen— el camino despejado para convertir errores *in indicando* o *in procedendo*, o vicios procesales, que son los argumentos de los recursos de apelación más recurrentes, en faltas disciplinarias pasibles de sanción.

Por otro lado, no debe perderse de vista que no siempre el Tribunal Constitucional es lo suficientemente claro o explícito al momento de establecer los precedentes vinculantes. Por citar únicamente un ejemplo, en la sentencia de fecha 31 de abril de 2007, recaída en el Expediente N.º 07281-2006-PA/TC, en los seguidos por

27 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.»

Santiago Terrones Cubas²⁸, el Tribunal Constitucional dispuso, con calidad de precedente vinculante, que las demandas de amparo en trámite en las que se pretenda la desafiliación de una Administradora de Fondo de Pensiones —AFP— alegando falta de información o insuficiencia de la misma debían ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente (léase AFP demandada), a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación. Si un justiciable presenta una demanda el día de hoy, ¿qué hará el juez? ¿remitir el expediente a la AFP sin calificar la demanda? ¿declarar improcedente la demanda? ¿admitir a trámite la demanda y luego, en un auto, declarar concluido el proceso o dictar sentencia declarando fundada la demanda y disponiendo la remisión del expediente a la AFP?

El propio Tribunal Constitucional nos da una definición sobre el precedente vinculante²⁹

«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».

Teniendo en cuenta que el precedente es una regla general, el Tribunal Constitucional debe poner mayor celo en la formulación de los precedentes vinculantes y no exponer a los jueces a incurrir en responsabilidad por la inaplicación o aplicación indebida de una norma ambigua que admite varias interpretaciones, como sucede en el caso citado.

Volviendo a la sentencia en el proceso competencial materia de este trabajo, podemos concluir que la manera tan superficial con que el Tribunal ha fundamentado la presunta vulneración al precedente vinculante en cada caso, sin análisis de cada uno, pudo haber generado —aún ahora se mantiene esa posibilidad— una avalancha de procesos administrativos sancionadores, inclusive con medida cautelar de abstención, abiertos sin conocerse la razón específica, contra los magistrados que dictaron las sentencias anuladas o dejadas sin efecto por el Tribunal Constitucional, sin que previamente se haya constatado una efectiva vulneración de los precedentes vinculantes o un ejercicio irregular del control difuso, en cada caso.

Ciertamente, no es debilitando a los magistrados del Poder Judicial que se solucionan los problemas jurídicos y sociales.

28 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07281-2006-AA.html>.

29 Sentencia de fecha 10 de octubre de 2005, recaída en el Expediente N.º 0024-2003-AI/TC, en los seguidos por la Municipalidad Distrital de Lurín. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>.

X. LA CONSULTA DE LAS SENTENCIAS EN EL PROCESO DE AMPARO

Otro punto discutible del fallo consiste en la disposición de la consulta obligatoria de las sentencias en las que se hubiese hecho ejercicio del control difuso. Dicha prescripción, aplicable a los procesos ordinarios, establecida en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por Decreto Ley N.º 14605, no estuvo prevista en la Ley N.º 23506.

Nos sorprende que el Tribunal haya considerado equivocadamente que la consulta era un trámite obligatorio en los procesos de amparo, cuando señala que «Más aún, dichos actos jurisdiccionales se han dictado, como señala el demandante, al margen de lo que prescrito por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», cuando dicha norma no era aplicable a los procesos de amparo que se regían por su ley especial N.º 23506.

En ese sentido, Eguiguren señala:

«el asunto adquiere ribetes delicados cuando la sentencia que declara fundada la acción ejerce el control difuso y dispone la inaplicación de una norma por considerarla inconstitucional. Cuando se trata de un proceso cualquiera, el asunto se resuelve por la LOPJ y la necesaria elevación de la sentencia (sea por apelación o en consulta) ante la Corte Suprema. El problema se presenta tratándose de acciones de amparo (y similares) donde el proceso puede concluir en una corte superior si obtiene resolución favorable al demandante. Aquí la interpretación prevaleciente es que no sería de aplicación la legislación general sino la que rige para las acciones de garantía, por lo que no cabría que la Corte Suprema conozca (en consulta o por recurso de nulidad) de los fallos estimatorios de la demanda que mandan inaplicar una ley por considerarla inconstitucional.

(...)

De allí que, aunque el punto sin duda amerita mayor evaluación y análisis, la solución más sencilla e inmediata podría ser disponer, mediante una reforma puntual de la LOTC o de la que rige a las garantías constitucionales, que cuando un fallo final de segunda instancia declare fundada la acción y suponga la inaplicación de una ley considerada inconstitucional, también se acuda al procedimiento general previsto en la LOPJ, esto es, que la sentencia se eleve (de oficio o por recurso de parte) para su revisión a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Si el tribunal supremo confirma la sentencia, concluye el proceso; en cambio, si su fallo se cuestiona, el demandante siempre podrá recurrir ante la instancia definitiva del Tribunal Constitucional»³⁰.

30 EGUIGUREN PRAEL, Francisco José. «Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano — CIEDLA, Buenos Aires, 1998, p. 58.

Al ser retomada la consulta obligatoria en el artículo 14 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, tampoco se le consideró en el texto original del Código Procesal Constitucional. Las razones saltan a la vista: la Corte Suprema no fue la última instancia en el proceso de amparo, sino que en el diseño de la Ley N.º 23506 el Tribunal de Garantías Constitucionales era competente para conocer el recurso de Casación y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el Tribunal Constitucional era competente conocer el Recurso extraordinario, hoy denominado de agravio constitucional por el Código Procesal Constitucional.

Prueba de ello es que la consulta ha sido introducida al proceso constitucional de manera reciente en la Ley N.º 28496, publicada el 24 de diciembre de 2006³¹, que reforma el Código Procesal Constitucional³². Entonces, el Tribunal Constitucional yerra al sostener que la consulta era obligatoria en las acciones de garantía.

Si se parte de la premisa de que quien tiene la última palabra en los procesos de acciones de garantía es el Tribunal Constitucional, ¿qué sentido tiene la consulta de las resoluciones en que se ejercite el control difuso ante un órgano que no tiene la última palabra?

A nuestro entender, en la sentencia en comento, el Tribunal asume la equivocada tesis de que la consulta era aplicable desde siempre a los procesos de amparo, cuando ello es una reciente novedad del legislador. Además, el hecho de remitir cada resolución a la Corte Suprema —para que sea ésta quien evalúe la existencia

31 Esto es, la consulta en los procesos de garantía constitucional ha sido introducida en el sistema jurídico con posterioridad a todas las sentencias dejadas sin efecto por el Tribunal Constitucional hasta que atraviesen por dicha consulta.

32 *«Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas*

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley».

o no de control difuso de normas que pasaron el test de constitucionalidad por el Tribunal— significa que, en definitiva, la evaluación estará a cargo de la Corte Suprema, por lo que no se explica que, cual medida cautelar oficiosa —y sin atribuciones para ello—, el Tribunal suspenda la eficacia (o sancione con ineficacia) tales fallos, antes de ser evaluados por la Corte Suprema. Y no solo eso: también ordena a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial proceder de conformidad con la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, ya comentada en el punto VIII.

Es decir, la Corte Suprema será quien analice lo relativo al control difuso, pero de manera anticipada el Tribunal Constitucional ya dejó los fallos sin efecto y dispuso que se sancione a los jueces que los dictaron. ¿Qué pasará en caso la Corte Suprema encuentre que no se aplicó control difuso, o que éste no se aplicó respecto de normas que habían sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional?, ¿qué acciones tendrían los justiciables a quienes se violó los derechos constitucionales al debido proceso, de defensa, y se privó de efectos sus sentencias? ¿qué acciones tendrían los jueces cuya tranquilidad y reputación fueron menoscabadas por la ligereza de la sentencia bajo comentario?

XI. UN CASO CONCRETO

Estas preocupaciones se cristalizan al analizar uno de los casos en que el Tribunal ha dejado un fallo sin efecto por haber supuestamente realizado un control difuso³³, mas ello no ha sido así, por cuanto en dicho proceso³⁴ el análisis se circunscribió a evaluar determinados actos realizados por la administración —concretamente, el MINCETUR, parte demandada en dicho proceso—, a efecto de determinar si los mismos, bajo las leyes vigentes al momento de realizarse, producían efectos jurídicos sobre el administrado (demandante), concluyendo que tales actos sí configuraban actos administrativos, los que habían surtido los efectos contemplados en la ley, y que la parte demandada pretendía desconocer sus propios actos.

En esta controversia y análisis, como puede apreciarse, el objeto de estudio fue respecto de los elementos del acto administrativo, de aspectos de aplicación de la ley en el tiempo, de actos propios de la administración, etc., pero no hubo control difuso de ninguna norma. Esta sentencia, emitida el 2 de julio de 2004 por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, que declaró fundada la demanda en tales términos, fue confirmada en todos sus extremos por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima el 14 de diciembre de 2004.

33 Se trata de una sentencia emitida por la coautora de este trabajo, lo que ha facilitado la obtención de los fallos correspondientes.

34 Acción de Amparo interpuesta por Inversiones KNN S.A.C. contra MINCETUR, Exp. N.º 2153-2004.

Al ser incluida en el listado de las sentencias dejadas sin efecto por haber ejercido control difuso en la comentada sentencia del proceso competencial del Tribunal Constitucional, fue materia de un primer pedido de aclaración —adjuntándosele las piezas procesales pertinentes— por parte del Poder Judicial, a través de su Procurador Público, en el mes de marzo, aclaración que sobre este punto no se dio por el Tribunal Constitucional, que guardó silencio sobre el particular. Ante ello, de manera directa la jueza presentó un segundo pedido de aclaración en el mes de mayo, el cual fue respondido en sentido denegatorio («no ha lugar a la aclaración solicitada») por el Tribunal Constitucional en términos tan particulares que consideramos necesario reproducirlos de manera textual:

2. Que, las personas naturales, como la recurrente, no tienen legitimidad para interponer proceso competencial, estando reservada dicha facultad a los poderes del Estado y entidades estatales, primando finalmente la garantía del orden objetivo constitucional.

3. Que se aprecia del escrito presentado que la solicitante no pretende la aclaración o subsanación de la Sentencia de autos, que declaró fundada la demanda de conflicto de competencia presentada por el Poder Ejecutivo-Mincetur contra el Poder Judicial, sino que la resolución que ella expidió en el proceso de amparo N.º 2153-2004 no esté comprendida conjuntamente con las resoluciones judiciales declaradas sin efecto por el Tribunal Constitucional en su sentencia, argumentando que en su labor jurisdiccional en dicho proceso de amparo nunca realizó control difuso de las normas consideradas constitucionales ni contravino precedentes vinculantes establecidos por este Colegiado, limitándose a analizar la aplicación de leyes en el tiempo de acuerdo a los actos propios de la administración derivados de la apertura del expediente administrativo N.º 01129-2000.

4. Que, de acuerdo a lo expresado, deberá ser evaluado por la Corte Suprema de Justicia de la República conforme a las potestades que la Constitución y la Ley Orgánica le confieren, si existió control difuso por parte de la recurrente e inobservancia de los efectos normativos y precedente vinculante establecidos en las SSTC. 009-2001-AUTC y 4427-2005-AA/TC (sic), toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la República debe aún pronunciarse como lo dispone la sentencia de este Tribunal y el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Somos conscientes de que era muy difícil para el Tribunal Constitucional reconocer el error y cambiar el sentido de su decisión, más aun en el contexto de crítica y cuestionamiento generado precisamente por la sentencia en comento, pero al menos se debió tener a la vista los expedientes judiciales antes de resolver, lo que no ocurrió. Las causas judiciales no se resuelven en abstracto, sino conforme a la ley y al mérito de lo actuado.

XII. LOS CONFUSOS ALCANCES DEL FALLO

Varias preguntas surgen de inmediato.

En los casos de sentencias apeladas y confirmadas por las Salas Superiores, el Tribunal solo ha anulado las sentencias de primera instancia, mas no las de segunda³⁵, por lo que si nos ceñimos a la letra de la sentencia en comento, encontramos un problema técnico insalvable, dado que la cosa juzgada es respecto de la sentencia de segunda instancia y no de la anterior, y aquélla no ha sido expresamente anulada. Adviértase que conforme al artículo 4 de la Ley de Ley Orgánica del Poder Judicial, «Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. (...)»

Empero, asumiendo que la intención del Tribunal Constitucional fue declarar la nulidad de la sentencia que quedó en calidad de cosa juzgada, y el mencionado error quedase en lo anecdótico, cabría preguntarse ¿la nulidad abarca también a la de primera instancia, o esto ya no es necesario, por cuanto se espera un pronunciamiento definitivo por la última instancia?

O si el Tribunal Constitucional declaró nulas las resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ¿qué sucede en el proceso concluido?. Siendo evidente que no se anuló todo lo actuado, ¿debe dictarse una nueva sentencia por el juez que conoció en primera instancia o por la Sala que conoció el recurso de apelación? ¿o debe entenderse que el Tribunal se ha pronunciado en ese lugar, es decir, ha resuelto el fondo de la controversia en cada caso, desestimando la pretensión? Nada de esto ha sido precisado en la sentencia del Tribunal Constitucional, dejando en manos del Poder Judicial la composición de este enredo.

Lamentablemente, no es la primera vez que esto sucede. En la sentencia de fecha 21 de julio de 2006, recaída en el Expediente N.º 2730-2006-PA/TC³⁶, en los seguidos por Arturo Castillo Chirinos, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, en consecuencia, nula la Resolución N.º 156-2005-JNE, sin orde-

35 A modo de ejemplo, declaró nula: «(...) La resolución de fecha 7 de enero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 179-2004) seguido por Nevada Entretenimientos S.A.C., Juegos Recreativos Huascarán S.A.C., Inversiones Las Siete Tinajas S.A.C., Tourist Entretenimientos S.A.C., Alpamayo Inversiones S.A.C., Entretenimientos del Centro S.A.C., Oroya Turística S.A.C., Sierra Machines S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Mixta de Junín, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2005; por contradecir los fundamentos 3, 4 y 8, entre otros, de la sentencia Exp. N.º 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional. (...)».

36 En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>.

nar al Jurado Nacional de Elecciones que expidiera nueva resolución, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación.

Es de orden elemental que todo fallo judicial debe contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos; si un Magistrado del Poder Judicial incumple con tal deber, ello puede acarrear la nulidad y hasta alguna sanción administrativa por haber incurrido en conducta funcional. Sin embargo, la claridad no fluye del fallo del Tribunal Constitucional, por lo que las necesarias precisiones quedaron pendientes; empero, como hemos señalado, el Tribunal carece de instancias —al menos nacionales— que revisen sus resoluciones, es decir, es un órgano con la máxima facultad decisoria que prácticamente no rinde cuentas, siendo casi inexistente su *accountability*.

XIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático de 1993 se invitó al Profesor Domingo García Belaunde, quien se preguntaba cómo se haría calzar la inconstitucionalidad abstracta con la inconstitucionalidad concreta, que establecen los jueces, porque entonces podría ocurrir lo que pasó con el Tribunal de Garantías Constitucionales, que declaró constitucional una ley, y una Sala de la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad, haciendo notar que cuando se da el problema de dos sistemas mezclados o dos órganos distintos con problemas de inconstitucionalidad, tiene que haber lo que la doctrina llama «órgano de cierre», que diga la última palabra, porque sino se crea un caos en la jurisprudencia³⁷.

Y este nuevo episodio de la Guerra de las Cortes nos hace ver las falencias del diseño de justicia constitucional en la Constitución de 1993, arrastrado desde la Constitución de 1979. ¿Qué sentido tiene el establecimiento de un sistema mixto o dual, cuando no se establece mecanismos de articulación entre los dos sistemas? El hecho de que el Tribunal Constitucional no sea la última instancia en todos los procesos constitucionales genera estos problemas. No tiene mucho sentido la consulta de las sentencias que aplican el control difuso ante la Corte Suprema, siendo el Tribunal Constitucional el intérprete supremo de la Constitución.

Este tema ha sido advertido en el fundamento del voto del magistrado Barde-lli Lartirigoyen, cuando reflexiona:

«Por ello, soy de la opinión que se deben efectuar las modificaciones constitucionales y legales dirigidas a consolidar el *stare decisis* y la cosa juzgada constitucional, lo que permitirá que el Tribunal Constitucional

37 Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y Reglamento. 43 Sesión, martes, 13 de abril de 1993, p. 1783.

sea efectivamente competente para conocer en consulta del ejercicio del control difuso llevado a cabo por el Poder Judicial en los procesos constitucionales».

Somos conscientes de que por una cuestión de seguridad jurídica es vital la existencia de un órgano que tenga la última palabra en materia de interpretación constitucional. Si ello no es así tendremos el problema que tenemos hoy, que existen 27 Cortes Superiores de Justicia que expidiendo resoluciones favorables a los demandantes podrían interpretar las normas constitucionales de diversa manera y con distintos alcances aún contraviniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que se ha hecho patente en los casos de amparos contra procedimientos arbitrales y de los casinos y tragamonedas.

Esto no le hace bien a nuestro sistema jurídico en general y, en particular, a nuestro sistema de justicia constitucional. El diseño constitucional que otorga competencia al Tribunal contra las resoluciones denegatorias en materia de acciones de garantía impide la unificación de la jurisprudencia constitucional.

Existiendo 27 Cortes Superiores de Justicia puede haber veintisiete maneras de dar la razón a los demandantes, de manera más favorable y distinta a la establecida por el Tribunal Constitucional, incluso existiendo pronunciamiento en un proceso de acción de inconstitucionalidad o un precedente vinculante.

Una eventual reforma constitucional deberá establecer un recurso de agravio constitucional para que el Tribunal Constitucional pueda conocer, en un solo proceso, las resoluciones favorables en materia de hábeas corpus, amparo, acción de cumplimiento y de hábeas data que contravengan la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, mecanismo que consideramos indispensable para que se unifique la jurisprudencia constitucional. Asimismo, consideramos que debería reformarse la Constitución habilitando al Tribunal Constitucional para conocer en consulta las resoluciones en las que los jueces ordinarios realicen el control difuso, tanto en los procesos ordinarios como en los procesos constitucionales, por cuanto el mecanismo de elevar tales decisiones ante la Corte Suprema, previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, tuvo sentido cuando no existía un Tribunal Constitucional.

Existiendo actualmente en el Perú un Tribunal Constitucional, debería establecerse una consulta ante éste que sea tan efectiva como la cuestión de inconstitucionalidad española que se propuso en la Asamblea Constituyente de 1978-7979; en el caso peruano, el juez dicta sentencia y ejercita el control difuso sin suspender el proceso, mientras que en el caso español el proceso se suspende a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

No tiene sentido que la consulta no sea absuelta por el intérprete supremo de la Constitución, ni se descarta que la Corte Suprema tenga una interpretación constitucional distinta de la del Tribunal. Podría decirse que una ley modificando los artículos 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 3 del Código Procesal Constitucional sería suficiente para ello; sin embargo, consideramos que el legisla-

dor no podría otorgar al Tribunal atribuciones que la Constitución no le ha confiado. Por otro lado, en el contexto actual, dudamos que tenga la voluntad política de fortalecer al Tribunal Constitucional, pues por el contrario, su tendencia es proclive a recortar sus atribuciones.

Esto reafirma la necesaria existencia de un intérprete supremo de la Constitución. De lo contrario, tanto los jueces del Poder Judicial, los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones y hasta el Congreso podrían tratar de imponer a los demás órganos estatales su interpretación constitucional, situación que resultaría caótica. Y un órgano político como lo es el Congreso de la República, que no realiza una interpretación constitucional, no puede ser el intérprete supremo de la Constitución.

Es evidente que en un Estado Democrático de Derecho, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución y el órgano que tiene la última palabra en materia de interpretación constitucional. Pero ello no quiere decir que el Tribunal pueda excederse en el ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales y que en un proceso competencial pueda declarar la nulidad de sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional desvirtúa por completo el amparo constitucional, diseñado principalmente para proteger derechos constitucionales frente a agresiones provenientes de cualquier autoridad o funcionario. También se desvirtuó el proceso competencial, convirtiéndolo en un instrumento para incumplir resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada. Ahora cualquier autoridad o funcionario dejará de cumplir sentencias estimatorias que den amparo constitucional, recurriendo al fácil expediente del conflicto competencial.

Cualquier sentencia desfavorable al Estado, incumplidor consuetudinario de resoluciones judiciales —no obstante que al Presidente de la República le corresponde cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales, según prescribe el artículo 118, inciso 9, de la Constitución— y principal elemento generador de sobrecarga procesal en el Poder Judicial, será considerada como una interferencia a sus atribuciones constitucionales de cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

De un plumazo, posiblemente con buenas intenciones orientadas a deshacer fallos inconstitucionales y a exigir que se observen los precedentes vinculantes por él emitidos, pero sin la menor perspectiva, el Tribunal Constitucional ha abolido la cosa juzgada, lo cual a la postre ha sido, empleando la frase popular, como *matar moscas a cañonazos*. Los discutibles matices de la denominada cosa juzgada constitucional no son razón para negar su esencia. Medida, prudencia, razonabilidad y visión es lo que debe primar y nunca faltar; las respuestas y soluciones a situaciones concretas han de ser acordes y proporcionales a las mismas; por ello, toda decisión debe medir su impacto a escala, a fin de prever y, en su caso, evitar la generación de nuevos conflictos y potenciales daños.

Por la salud de nuestro sistema democrático esperemos que todos los poderes públicos acaten las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, y los precedentes vinculantes que establezca el Tribunal Constitucional. Y que el Tribunal Constitucional pondere mejor los efectos de sus decisiones, sin perder de vista el principio de corrección funcional, respetando los fueros de la justicia ordinaria. Que la reforma constitucional no pierda la oportunidad de articular los sistemas difuso y concentrado de control de la constitucionalidad a la cabeza del Tribunal Constitucional. Es el deseo de los operadores jurídicos de buena voluntad.

La normativa instrumental en el proceso competencial aplicado para revisar resoluciones judiciales inválidas

LUIS ELGUERA VALEGA*

SUMILLA: I. Liminar. II. El proceso competencial como vía para anular resoluciones judiciales inválidas. III. La invalidez del proceso de amparo como vía para declarar la inconstitucionalidad la normas legales con rango de ley y su anulación mediante el proceso competencial. IV. Análisis y sustento teórico. V. Conclusión.

I. LIMINAR

Mi propósito al comentar la sentencia emanada del expediente Exp. N.º 006-2006-PC/TC es analizar el problema de la normativa instrumental, particularmente en lo que toca a la configuración de la vía jurisdiccional de los procesos involucrados¹. Esta es una cuestión importante por ser la primera vez que el proceso

* Abogado, profesor universitario.

1 Entiendo por *normas jurídicas instrumentales* a lo que Carnelutti refirió como el conjunto que comprende a las normas que atribuyen los poderes de los órganos públicos jurisdiccionales y a las propiamente de tramitación o derecho procesal. Nos interesan las primeras, que son las que componen mediatamente el proceso, atribuyendo respectivamente a la parte el derecho a interponer la acción y al órgano el poder de juzgar. En este sentido, dichas normas instrumentales facultan en cada vía la acción y la jurisdicción, es decir son el fundamento sobre el cual se yergue cada vía procesal posible en un ordenamiento jurídico. Así,

competencial se aplica para revisar la actuación jurisdiccional de órganos del Poder Judicial.

Como antecedente, la Sentencia resolvió declarar la nulidad de un conjunto de sentencias expedidas por el Poder Judicial y dejar sin efecto temporalmente otro conjunto de sentencias hasta que la Corte Suprema se pronuncie en instancia final y definitiva. Estas resoluciones recaían sobre procesos constitucionales —mayormente de amparo— que surtían el efecto de autorizar la operación de empresas explotadoras de juegos de casino y/o máquinas tragamonedas, declarando inaplicable cierta legislación incómoda, bajo el argumento que ésta sería inconstitucional. De no mediar tales resoluciones judiciales, el órgano administrativo a cargo de autorizar y controlar dicha actividad —el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo o «MINCETUR»— no habría permitido tales empresas, en aplicación de dicha legislación. De tal forma, estas empresas estuvieron operando gracias a las resoluciones expedidas en tales procesos. Empero, la Sentencia dio la razón al MINCETUR, la parte demandante en el proceso competencial, dejando sin efecto dichas resoluciones y devolviéndosele así su vigencia a las normas eludidas por dichas empresas.

Sabemos que existen otros órganos administrativos (ministerios y municipios) que sufren igualmente de estar impedidos de aplicar su legislación administrativa a causa del mismo uso indebido del proceso de amparo. Así, al haberse ganado este juicio, podríamos pensar que este caso sería un antecedente que los demás podrían seguir. Empero, en la lógica de los fundamentos de la Sentencia, la causa litis se configura bajo una condición fortuita: que la presunción de constitucionalidad de las normas eludidas haya sido confirmada en otro proceso seguido con anterioridad ante el Tribunal Constitucional, una premisa del todo inconexa con el proceso competencial y que no se puede encauzar ni conseguir en el mismo.

Lejos de zanjarse el asunto por la invalidez de dicha práctica, la Sentencia dio la razón al MINCETUR por el supuesto que en dichos procesos no se observaron ciertos precedentes jurisprudenciales obligatorios que emanan de los expedientes N.º 0009-2001-AI/TC (proceso de inconstitucionalidad) y 4227-2005-AA/TC (proceso de amparo), en los que se había confirmado la presunción de constitucionalidad de las normas cuya aplicación se eludía.

Bajo esta lógica, la causa litis del proceso competencial quedó configurada por una combinación de dos factores: 1) en tanto *efecto indirecto* utilizado para abrir la vía del proceso: la afectación de las atribuciones administrativas del MINCETUR, al no poder éste ejercer su derecho de aplicar la legislación pertinente; y 2) como *infracción antijurídica* usada para justificar la sanción abrogatoria: el no ha-

cada vía procesal posee sus propias normas jurídicas instrumentales. Ver Francesco CARNELUTTI. «Introducción» En: *Instituciones de Derecho Procesal Civil.*, Oxford, 1999, pp. LXX, y LXXXIII y siguientes.

berse seguido precedentes jurisprudenciales sentados por el Tribunal Constitucional en procesos sentenciados anteriormente. Como se observa, esta infracción no es de naturaleza competencial.

No obstante, mi mayor preocupación estriba en que la Sentencia parece aceptar esta mala práctica judicial de aplicar el proceso de amparo en suplantar la actuación de la administración pública, pues en los fundamentos se señala que, en los procesos abrogados, el Poder Judicial actuó *en el marco de sus atribuciones constitucionales* (sic)².

En los acápites que siguen abordaré esta temática desde el punto de vista de la normativa instrumental, que constituye estos procesos constitucionales, en el marco del ordenamiento jurídico peruano y la doctrina más comúnmente aceptada.

II. EL PROCESO COMPETENCIAL COMO VÍA PARA ANULAR RESOLUCIONES JUDICIALES INVÁLIDAS

La configuración básica del proceso competencial está dada en el art. 202.3 de la Constitución, que otorga al Tribunal Constitucional la competencia de conocer y resolver conflictos de competencia o de atribuciones que surjan entre órganos constitucionales, dejando a la ley el encargo de configurar la fórmula procesal. Siguiendo tal encargo, el Código Procesal Constitucional establece que dichos conflictos pueden darse entre gobiernos de distinto nivel o del mismo nivel, y entre los distintos poderes del Estado u órganos constitucionales, creando las denominaciones de *competencia* y *atribuciones*, sin darle contenido a cada tipo. Ya en la Sentencia (fundamento 10) se atribuye contenido a estas denominaciones: el *conflicto de competencia* surge entre los gobiernos (locales, regionales y /o el Gobierno Nacional), en tanto que el *conflicto de atribuciones* surge entre los poderes del Estado u órganos constitucionales³, dentro de los cuales se encuentra el Poder Judicial, y es por tanto donde se encuadra este caso.

Pero, ¿se puede anular una sentencia judicial por un proceso competencial? Es una cuestión de interpretación constitucional. Este proceso se ha venido aplicando como fórmula de solución de conflictos generados por competencias administrativas entre distintos niveles de gobierno, sin darse lugar a debate alguno. El debate se suscitó respecto de la idea de anular resoluciones jurisdiccionales del Poder Judicial. A mi juicio, esto sólo es viable cuando la infracción incurrida es estrictamente de *carácter competencial*⁴. Veo esto como una posibilidad natural en el

2 Ver el fundamento 58 de la Sentencia.

3 Este es un desarrollo formulado en los fundamentos de la Sentencia, por cuanto se puede legislar de modo distinto.

4 Es una cuestión debatible. La Constitución otorga al Tribunal Constitucional la atribución de conocer de los conflictos de competencias o de atribuciones asignadas por la Constitución *conforme a ley* (art. 202.3). Bajo dicho encargo, el legislador ha configurado

proceso competencial, a la luz de cierta práctica y doctrina, que paso a reseñar seguidamente.

Veamos algunos casos importantes en el Derecho comparado. El proceso competencial se originó en Alemania, para manejar la cuestión federal. Allí, al igual que en los otros países de habla germánica, simplemente no es posible revisar las sentencias judiciales en un proceso competencial, pues su normativa instrumental no lo prevé. En el orbe anglosajón esta posibilidad sencillamente no puede darse puesto que no existen dos órganos jurisdiccionales formalmente diferentes (el Poder Judicial y el órgano para control de la constitucionalidad) y este mismo escenario se presenta en Francia. En España, en cuanto al ámbito del Poder Judicial, mediante el proceso competencial sólo procede revisar resoluciones del Consejo General de Poder Judicial, que es el órgano administrativo de este poder, pero no procede respecto de resoluciones jurisdiccionales. Estos casos no ofrecen un marco de referencia afirmativo de dicha posibilidad.

Empero, un país importante donde el proceso competencial sí ha sido usado para revisar sentencias judiciales es Italia. Veamos pues cómo ha sido interpretado este asunto de la normativa instrumental del proceso competencial en la experiencia italiana⁵.

Para configurar la vía jurisdiccional, la *Corte Costituzionale* italiana ha establecido que este tipo de proceso tiene dos elementos: el subjetivo y el objetivo⁶. El

el proceso competencial (Código Procesal Constitucional, art. 109) como vía para resolver los conflictos que se susciten respecto de las atribuciones asignadas directamente por la Constitución que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado. De ello, se puede interpretar entonces que se comprende bajo el proceso competencial a la actividad jurisdiccional del Poder Judicial, que cae bajo tal supuesto.

Ahora bien, existen opiniones en contrario. El art. 113 del Código Procesal Constitucional refiere el objeto de este proceso como «actos administrativos», lo cual abona la postura de que en el proceso competencial no se puede revisar los actos jurisdiccionales del Poder Judicial. Y la tesis contraria a ésta pasaría por admitir entonces que el art. 113 no configura la vía jurisdiccional, mas solo regula los efectos de las sentencias, y que una ley no debe interpretarse necesariamente como la voluntad histórica del legislador sino como una razón jurídica que es interpretada por jueces bajo un sistema de métodos ponderados.

Al redactar esta nota he optado por la interpretación que se hace en la Sentencia, que admite en el proceso competencial la revisión de los actos jurisdiccionales, elaborando a partir de su factibilidad sistemática y de la doctrina del Derecho Constitucional Comparado.

5 En los fundamentos de la Sentencia se cita como referencia la obra de Ángel GÓMEZ MONTORO titulada *El Conflicto entre Órganos Constitucionales*, obra de la cual se dedica a dicha experiencia un capítulo entero: pp. 135 a 182, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992).

6 GÓMEZ MONTORO, obra citada, p. 144.

elemento subjetivo implica un conflicto de atribuciones entre dos órganos estatales (*controversia concreta*, señala Gómez Montoro), en tanto que el objetivo se cifra en que la infracción sea específicamente competencial (*la interpretación de normas constitucionales de organización*, indica el autor)⁷. O sea, con esta doctrina, cualquier tipo de infracción cometida por un órgano estatal, así produzca el efecto de afectar las atribuciones en otro, no podría ser causa legítima para sustanciar este proceso competencial, pues deberá ser necesariamente una disquisición jurídica de naturaleza competencial, o sea un problema de interpretación de normas que atribuyen competencias constitucionales.

En los fundamentos de la Sentencia se menciona tales elementos, pero —a mi parecer— haciendo una interpretación diferente. En la Sentencia el elemento subjetivo es entendido como la condición para ser parte en un proceso competencial por conflicto de atribuciones, o sea *legitimidad especial* (fundamento 6) o *legitimación para actuar* (fundamento 8); en tanto que el elemento objetivo es entendido como la necesidad de que la norma que establece la competencia afectada sea *de rango constitucional* (fundamento 7)⁸.

Bajo la lógica desarrollada en la Sentencia, estos elementos no circunscriben el ámbito de la causa a un problema de interpretación de normas de organización o institución de poderes estatales. En contraste, en sus fundamentos la Sentencia imputa como causa litis la no observancia de precedentes jurisprudenciales obligatorios, lo cual constituye un *error de juzgamiento*, pero no una violación o mala interpretación de normas de competencia o de atribuciones⁹.

Por tal razón, la Sentencia no incorpora realmente el elemento objetivo que señala la doctrina italiana, pues según los fundamentos, al haberse afirmado que el Poder Judicial y el MINCETUR han actuado *en el marco de sus atribuciones*, la controversia no se suscita respecto de una interpretación de *normas constitucionales de organización*.

Como efecto práctico, la fórmula ensayada en la Sentencia abre una amplia libertad para configurar la causa litis, y así revisar resoluciones judiciales según cualquier criterio que se conforme como error, razón de ilegitimidad o infracción constitucional, sin reconocer normativa instrumental que lo sujete a un marco de configuración objetivo procesal de la causa litis en el proceso tipo.

Inclusive, este fenómeno también ha ocurrido en Italia. Según refiere Gómez Montoro, la *Corte Costituzionale* ha utilizado el proceso competencial, contra resoluciones judiciales, sustanciando la litis en problemas de juzgamiento —obvia-

7 Loc. cit.

8 Cfr. Angel GÓMEZ MONTORO, obra citada, p. 144, en oposición a los fundamentos 6, 7, 8, 9 y 11 de la Sentencia.

9 Esto no pertenece al campo de la normativa instrumental sino al problema de la legitimación procesal.

mente, esto antes de asumir esta doctrina de los elementos objetivo y subjetivo. Sin embargo, esta práctica ha sido abandonada en el país mediterráneo, según refiere el mismo tratadista español.

En los últimos años puede observarse una tendencia a limitarse [la *Corte Costituzionale* italiana] a constatar si el órgano en cuestión ha actuado o no en el ámbito de sus competencias, sin entrar a examinar el uso que se ha hecho de las mismas, y especialmente, en los supuestos de conflictos planteados contra actuaciones de los órganos jurisdiccionales, en los que la Corte viene distinguiendo entre errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, considerando los del primer tipo como no controlables por la vía del conflicto entre órganos y negándose, en consecuencia, a realizar una revisión de la decisión sobre el fondo¹⁰.

Observando esto, me inclino a pensar que puede defenderse el uso del proceso competencial constitucional peruano para revisar resoluciones judiciales siempre que la infracción sancionada sea netamente competencial. Empero, aplicarlo para corregir un problema de mal juzgamiento es una postura menos plausible, no sólo por el problema que importa la construcción jurídica de la causa litis a partir de la normativa instrumental, sino también por la falta de referentes comparativos actuales.

III. LA INVALIDEZ DEL PROCESO DE AMPARO COMO VÍA PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD LA NORMAS LEGALES CON RANGO DE LEY Y SU ANULACIÓN MEDIANTE EL PROCESO COMPETENCIAL

En el acápite precedente se ha analizado la problemática de revisar resoluciones judiciales mediante el proceso competencial aplicando el criterio de la normativa instrumental. Ahora quiero demostrar la *invalidéz* de un proceso de amparo que declara inaplicable una norma con rango de ley¹¹ por imputación de inconstitucionalidad, para lo cual aplicaremos asimismo el criterio jurídico de la normativa instrumental¹². La intención es demostrar que el proceso de amparo con el

10 GÓMEZ MONTORO, obra citada, p. 150.

11 Voy a dejar a un lado la discusión respecto de la inaplicabilidad de las llamadas leyes «autoaplicativas». Tal posibilidad está incorporada al Código Procesal Constitucional, a partir de un debate doctrinario ocurrido a lo largo de años. Según dicha normativa, sí es posible declarar la inaplicabilidad de tales leyes mediante un proceso de amparo. Entonces, todo lo que discute en el presente artículo se refiere a leyes que no son comprendidas bajo tal categoría, y que constituyen el grueso de la legislación.

12 El presente acápite se desarrolla íntegramente bajo el supuesto de que el proceso competencial puede aplicarse sobre resoluciones jurisdiccionales expedidas por el Poder Judicial.

objeto de revisar la inconstitucionalidad de las leyes, para su inaplicabilidad respecto de la parte demandante, es *improcedente*, y que abrir un proceso a partir de una acción de amparo enarbolada con tal pretensión configura una infracción competencial.

Para este análisis se aplica un principio general del Derecho: el *principio de igualdad* ante la ley¹³. La premisa del análisis serán las situaciones socio-jurídicas asociadas a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, y la consecuente sustracción de sus efectos, en el marco de nuestro ordenamiento constitucional, comparando, de un lado, cómo discurre tal pretensión en la vía del amparo, y del otro, el tratamiento regular previsto para remediar los casos de inconstitucionalidad de las leyes. Veamos.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene un proceso ad hoc para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, que está establecido el art. 200.4 de la Constitución y desarrollado en el Código Procesal Constitucional. Esta normativa marca el canon de los supuestos del hecho y los efectos de la sanción, en tanto premisas socio-jurídicas que dan razón apodéctica (válida a priori por la norma constitucional) de qué debe involucrar una declaración de inconstitucionalidad de una ley con sustracción de sus efectos.

Una comparación de los supuestos involucrados en tales procesos de amparo —un *test* de consistencia de supuestos y efectos socio-jurídicos— arroja los siguientes resultados:

1. *Desproporción en la legitimidad de la acción.* En comparación con un proceso de inconstitucionalidad, la legitimidad de acción en un proceso de amparo es excesivamente leve, pues no se requiere más que la actuación del interesado. Para abrir el proceso de inconstitucionalidad se requiere al menos 5,000 firmas validadas para casos en que la acción no es incoada por órgano estatal o colegio profesional.
2. *Discordancia en la gravedad de la decisión.* En un proceso de amparo, la jurisdicción recae en primera instancia en jueces, y no se termina necesariamente en el Tribunal Constitucional, en tanto que el proceso de inconstitucionalidad se requiere del pronunciamiento del Tribunal Constitucional con mayoría calificada¹⁴.

13 Podría ser suficiente referir que en la norma constitucional (art. 200.2) que constituye esta vía se establece taxativamente que «no procede contra normas legales», pero ha habido mucha práctica y debate respecto del uso del amparo contra normas legales. Incluso, el Código Procesal Constitucional permite conocer de la inconstitucionalidad de «normas autoaplicativas», luego de larga discusión. Por lo tanto, prefiero desarrollar un argumento interpretativo ad hoc.

14 No debe confundirse esto con el *control difuso*, en el cual se decide la inaplicación de la norma para el mismo proceso y sin que ese sea el objeto del proceso.

3. *Configuración de un privilegio.* En un proceso de amparo, los efectos jurisdiccionales son individuales, pues recaen sólo en el beneficio de los interesados titulares de la acción, en tanto que los efectos propios de la acción de inconstitucionalidad regular son *erga omnes* (con efecto para todos).

Estos tres aspectos conjugados, e incluso por separado, tocan fibras constitucionales muy profundas pues afectan de manera contundente el principio de igualdad ante la ley, que es un presupuesto del Estado constitucional. Un pedido de declaración de inconstitucionalidad de una ley realizado en una acción de amparo es inconstitucional en relación a la normativa instrumental de nuestro sistema de procesos constitucionales, ya que sus condiciones socio-jurídicas se apartan en exceso del canon establecido por la normativa regular de control de la constitucionalidad para las normas con rango de ley (Otra sería la situación si no existiera el proceso de inconstitucionalidad, pues —como en el caso mexicano— se podría defender su remedio a través del amparo.)

En este orden de ideas, tales acciones de amparo debieron ser declaradas *improcedentes* por los jueces y los tribunales, pues de ellas solo pueden seguirse tramites que den lugar a resoluciones inválidas, por no emanar de un proceso en vía jurisdiccional sustanciada.

Así, bajo este criterio, tales resoluciones pudieron ser anuladas por el proceso competencial iniciado por el MINCETUR sobre la base de tal infracción constitucional, sin importar entonces el incidente de que no se hubiera observado los precedentes constitucionales (sin negar que ello pudo ser invocado *obiter dicta*). Este proceder habría estado arreglado a la normativa instrumental que prevé nuestro ordenamiento constitucional, en el marco de aquello que la doctrina italiana señala como elemento objetivo, en la formación de la causa litis.

De otro lado, el desafuero de tales resoluciones bajo tal supuesto no daría lugar a violación al derecho a la estabilidad de la cosa juzgada, pues los actos procesales no fueron válidos, a ser la causa improcedente, ya que no se conformó realmente un proceso¹⁵.

Quizá, lo que complica un poco las cosas es que todo proceso jurisdiccional consta de dos elementos de índole competencial: 1. el derecho a *ejercitar la acción* (dando pie a abrir el proceso por parte del demandante), y 2. el derecho *de jurisdicción* (que permite abrir, seguir y concluir el proceso por parte del órgano jurisdiccional). La normativa instrumental vincula a ambos elementos. El problema de los procesos revisados es que las empresas no tenían el derecho a ejercer la acción, lo que implica una acción *improcedente*, por no calzar en la vía jurisdiccional. Luego, no puede decirse que el órgano jurisdiccional ha actuado *en el marco de sus atribuciones*, pues no existe competencia judicial para abrir una causa improcedente. Es

15 Se explica el tema de la diferencia entre *existencia* y *validez* de los actos jurídicos procesales más adelante. Ver transcripción correspondiente a la nota al pie N.º 16.

atribución del Poder Judicial conocer y seguir causas de amparo, etc., pero estrictamente en el marco de su vía jurisdiccional, delineada por la normativa instrumental que constituye el ordenamiento de cada proceso.

IV. ANÁLISIS Y SUSTENTO TEÓRICO

Hasta aquí he presentado un esquema de razonamiento jurisdiccional. He trabajado aplicando una dogmática objetiva que se sustancia en el concepto la normativa instrumental. Vienen ahora unas líneas a efecto de ahondar más la comprensión de qué es dicha normativa y definir su lugar en la dogmática constitucional para redondear la idea.

El concepto de la normativa instrumental en el proceso jurisdiccional aparece en las ciencias jurídicas con el desarrollo del Derecho público contemporáneo, a partir de aceptar la idea de la *juridicidad en el ámbito público estatal* y de ver al Estado como un espacio de relaciones jurídicas estrictas. Esta idea fue desarrollada por una estirpe de juristas germánicos iniciada por Gerber, y seguida por Laband, Jellinek, Merkel y Kelsen, entre otros, con lo cual se desarrolló una teoría comprensiva del derecho, en cuya cúspide se instituyeron los procesos constitucionales contemporáneos. Esta es una corriente que suele ser llamada «positivismo jurídico» y se sustancia en el principio de formalidad.

Lo que sustenta la existencia de una normativa instrumental —según ésta ha sido definida arriba— es que la facultad de juzgar no es hoy un atributo subjetivo de los jueces, como lo fue en el *ancien regime*, sino la expresión de un ordenamiento jurídico objetivo, el cual es en sí mismo la garantía de la justicia, y por esto, bajo tal visión, lo más justo será que dicho ordenamiento sea observado con la mayor fidelidad.

Dicha corriente se desarrolló sobre la idea de la formalidad en la creación/ validez del Derecho, y bajo ésta sólo será derecho válido aquello que la normativa (constitucional) establezca, determine y reconozca jurídicamente como tal. Y esto se verifica a través del Derecho estatutario de los órganos estatales —o normas *de organización*—. Esto ha llevado a una formalización jurídica general de la actividad estatal, que es propia de los países de la familia romano-germánica, lo cual determina la formalidad del edificio jurídico, que hasta antes de ello estaba construido en torno al Derecho Civil.

Antes de esta formalización, el problema de determinar qué es derecho válido se centraba en establecer *la legislación* aplicable por los jueces. Empero, al considerarse a *todos* los actos del Estado como jurídicos, la validez de los propios *actos judiciales* (resoluciones, sentencias, etc.) y de toda la práctica judicial en general, queda sujeta a una formalidad jurídica rectora. Esto está representado en la creación de ramas del Derecho ubicadas en el ámbito público que estatuyen y regulan la actividad estatal de impartir la justicia, caso del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal. Este es el ámbito de la normativa instrumental, en tanto la nor-

mativa objetiva constituyente de las vías jurisdiccionales en que se desarrolla la actividad jurisdiccional.

Este desarrollo normativo trajo aparejado el desarrollo de las ciencias jurídicas. Sobre la teoría comprensiva del derecho formulada por Kelsen surgieron diversas corrientes de crítica y crecimiento doctrinario. Una de las más importantes es la Ciencia del Derecho Procesal, en cuyo desarrollo jugaron un papel señero los juristas italianos, caso de Carnelutti y otros. Esta escuela desarrolló la normativa del proceso a partir del Derecho Constitucional, y con esto el Derecho Procesal quedó comprendido dentro del ámbito del Derecho público, dejando así de ser un derecho «adjetivo» al Derecho Civil o Penal.

A este respecto Carnelutti observó que *la exposición de los conceptos aptos para definir el proceso y el derecho que lo regula no pertenece, en realidad, a la ciencia del derecho procesal, sino a aquella región superior de la ciencia jurídica que recibe el nombre de Teoría General del Derecho*¹⁶. Esto refleja la recepción del formalismo en la concepción del Derecho como el fundamento lógico y jurídico de esta nueva doctrina iuspublicista del proceso.

Aquí la relevancia de la interrelación de las indicadas ciencias jurídicas: los conceptos de la ciencia jurídica general pueden ser aplicables en los problemas de derecho procesal, y esto incluye casos de anulación de actos procesales o procesos íntegros como el que tuvo caso en la Sentencia. A este respecto, transcribo una cita de Guastini, que puede dar alguna luz.

Una norma jurídica viene a existir —o bien, una norma adquiere existencia jurídica— cuando es creada de conformidad con (al menos) *algunas* normas sobre la producción jurídica. Quiero subrayar que la emanación conforme con *algunas* normas sobre la producción jurídica (no con todas) es condición suficiente para la existencia jurídica de una norma: es condición suficiente para que esa norma entre a formar parte del ordenamiento jurídico (existencia jurídica significa precisamente pertenencia a un determinado ordenamiento). La conformidad con todas las normas sobre la producción jurídica es condición necesaria de validez, pero no de existencia jurídica. Existencia y validez deben ser cuidadosamente distinguidas.

Se dice que es válida una norma que sea conforme con todas las normas secundarias que gobiernan su creación y predeterminan su contenido normativo. En muchos ordenamientos jurídicos, sin embargo, una norma es considerada «existente» —aunque sea (eventualmente) inválida—, a condición de que emane de un órgano *prima facie* competente, el cual haya operado de conformidad con algunas normas procedimentales (no necesariamente con todas)¹⁷.

La diferencia entre actos estatales *válidos* y *existentes* es el nexo conceptual para el enfoque del asunto de las normas instrumentales en los procesos constitu-

16 CARNELUTTI, obra citada, Introducción. p. xiv.

17 GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Fontamara, 2001, pp. 90-91.

cionales. Guastini refiere el uso que los juristas suelen dar al concepto de invalidez formal, *que supone la observancia de las normas que confieren un poder normativo, o bien de las normas que regulan el ejercicio de tal poder*¹⁸, o sea el caso de lo que estamos conceptuando aquí como la normativa instrumental, es decir la normativa que configura las vías procesales (definiendo los distintos procesos constitucionales), que regulan de ese modo el ejercicio del poder de los órganos jurisdiccionales. Y el uso al que refiere Guastini —el que suelen hacer los juristas de estos conceptos— radica en considerar que la invalidez formal es una «invalidez fuerte», que puede ser reconocida por cualquier juez a efecto de decidir la anulación de la norma que estuviera aquejada de tal vicio¹⁹.

Aplicando estos conceptos al caso de la Sentencia, observamos que las sentencias abrogadas estaban afectas a un vicio de invalidez formal o «fuerte», lo que de acuerdo al uso corriente que señala Guastini es criterio para decidir su anulación. Claro está, esta doctrina no se aplica respecto del supuesto que no se hubo observado un precedente jurisprudencial obligatorio, que si bien resulta siendo una condición antijurídica, no toca el problema de la normativa instrumental, ni constituye vicio de invalidez formal o «fuerte».

Es importante anotar, también, que precisamente para el proceso competencial, esta cuestión de la normativa instrumental, en tanto forma objetiva para la configuración de la vía jurisdiccional, resulta particularmente preponderante. La razón de ello es que los valores que se protege son competencias estatales, que son *formales* (el Estado sólo puede hacer lo que la ley establece, a diferencia de la persona humana que actúa en su esfera de libertad), en contraste con, por ejemplo, el Derecho Civil, sobre cuya base se reclama judicialmente *derechos libremente configurados* por el interesado en el ejercicio del derecho a la acción, reflejándose tal libertad también en las formas de configuración de reclamos judiciales y las causas que se puede tramitar.

Por lo visto en el análisis, me inclino a pensar que este asunto de la normativa instrumental es una cuestión esencial en el caso de la Sentencia, del que principia toda la problemática que emerge de su fallo y de la lógica de sus fundamentos, que se manifiesta en distintas aristas. Al ser la normativa instrumental un derecho objetivo que forma parte esencial del diseño del sistema jurisdiccional constitucional, una desviación de sus esquemas puede conllevar un resultado anómalo e incluso problemas de orden funcional.

V. CONCLUSIÓN

De lo aquí planteado, la Sentencia del expediente N.º 006-2006-PC/TC me deja cierto sinsabor pues, siendo la normativa instrumental un aspecto esencial

18 GUASTINI, obra citada, pp. 92 y ss.

19 Loc. cit.

del asunto, esta cuestión no parece haber sido bien contemplada en los fundamentos de la Sentencia, presentándose para sustanciación de la vía jurisdiccional, en cambio, una extraña interpretación de la doctrina italiana.

La Sentencia —que genera *ex novo* una sorprendente fórmula relativa a la cosa juzgada— no remedia el problema, fuera de los casos que circunstancialmente involucran leyes cuya presunción de constitucionalidad hubiera sido confirmada en un proceso anterior.

En suma, frente a otras actuaciones bastante acertadas, que dan cuenta de una maduración de nuestro constitucionalismo, este caso, que ofrecía una oportunidad para remediar un problema de mala práctica judicial invocando una doctrina jurídica importante, se presenta con poco lustre, pues en la Sentencia el Tribunal Constitucional parece aprobar dicha práctica, la cual no se ciñe bien a la normativa instrumental.

JURISPRUDENCIA

¿GUERRA de las CORTES?
A propósito del PROCESO
COMPETENCIAL entre el
PODER EJECUTIVO y el
PODER JUDICIAL

Sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC, conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo (Mincetur) y el Poder Judicial

EXP. N.º 0006-2006-PCC/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

Sentencia del Tribunal Constitucional

En Lima, a los 13 días del mes de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento del Magistrado Bardelli Lartirigoyen.

I. ASUNTO

Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, representado por la Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 13 de octubre de 2006, Patricia del Carmen Velasco Sáenz, Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de la representación del Ministerio de Comercio

Exterior y Turismo en los procesos judiciales relacionados con casinos de juego y máquinas tragamonedas, interpone demanda de conflicto de competencias contra el Poder Judicial por considerar que, en sede judicial, se vienen afectando las esferas de competencia del Poder Ejecutivo; concretamente, el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución; así como el artículo 121° y 128° de la Constitución¹¹¹. En consecuencia solicita: (1) que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; (2) que se declare la nulidad de lo siguiente:

- Resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el Decreto Supremo N.° 04-94-MITINCI modificado por el Decreto Supremo 04-97-MITINCI, y las resoluciones judiciales recaídas en procesos de cumplimiento que ordenan al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) abstenerse de restringir o modificar la situación de las empresas que se dedican a la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N.° 27153 con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 0009-2001 AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N.° 27153 con posterioridad a la publicación de la sentencia emitida del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 0009-2001-AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable la Ley 27796, norma que modificó la Ley N.° 27153.
- Todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originen conflicto de competencias entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).

Fundamentos de la demanda: La demandante alega:

- Que, después de la promulgación de la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, ciertos grupos empresariales recurrieron al Poder Judicial con el objeto de sustraerse de los alcances de dicha regulación, principalmente mediante la interposición de procesos constitucionales de amparo.
- Que, al respecto, pueden identificarse dos escenarios; el primero de ellos está determinado por la vigencia de la Ley N.° 27153 y la declaración de inconstitucionalidad de sus artículos 38° y 39°, así como de su primera y segunda disposiciones transitorias, estando las demás disposiciones de la Ley conformes a

1 Fojas 14 del expediente.

la Constitución. El segundo tiene lugar desde la vigencia del texto que modifica la Ley N.º 27153 –Ley N.º 27796– y se caracteriza por la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo, la misma que se orienta a convalidar el régimen tributario y administrativo de las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas (Expedientes. N.º 4227-2005-PA/TC, N.º 9165-2005-PA/TC, N.º 1882-2004-AA/TC, N.º 0681-2004-AA/TC, N.º 1594-2004-AA/TC, entre otros).

- Que, en consecuencia, pese a que las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas son constitucionales, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo se ha visto imposibilitado de ejecutarlas debido a que un importante número de operadores de dicha actividad cuenta con sentencias favorables emitidas por el Poder Judicial, que pese a ser contrarias a los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional, han adquirido la calidad de cosa juzgada.
- Que la Ley N.º 27153 –modificada por la Ley N.º 27796–, Ley de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, confiere a la Dirección Nacional de Turismo facultades para autorizar, fiscalizar, supervisar, evaluar y sancionar actividades vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Ello, en virtud de que dicha actividad económica se permite excepcionalmente, como parte de la actividad turística en nuestro país; siendo el MINCETUR el sector competente para llevar a cabo funciones de administración, fiscalización y sanción en dicha materia.
- Y que, no obstante, el Poder Judicial viene otorgando licencias de funcionamiento a través de sus sentencias, pese a que ello implica dejar sin efecto normas convalidadas por el Tribunal Constitucional e, incluso, han implementado plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere. A ello se suma que algunos funcionarios del Poder Ejecutivo han sido denunciados por operadores informales, bajo el argumento de que cuentan con sentencias favorables; sin embargo, dichas sentencias fueron emitidas sobre la base de normas que en la actualidad han perdido vigencia y nuestro ordenamiento no contempla la aplicación ultractiva de las normas.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 30 de enero de 2007, el Presidente del Poder Judicial se apersona al proceso, contesta la demanda y solicita que sea desestimada, por los siguientes fundamentos:

- Que, de conformidad con lo establecido en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y las sentencias emitidas por el propio Tribunal Constitucional, en el presente caso no se configura un supuesto de conflicto de competencias, pues de la revisión de la demanda se desprende que lo que se pretende en este proceso es que se lleve a cabo una nueva revisión de sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que son, por tanto, inmodificables, irrevisables y de obligatorio cumplimiento.

- Que dichas resoluciones fueron emitidas en el marco de procesos judiciales en los cuales el MINCETUR pudo ejercer plenamente su derecho de defensa; y, en todo caso, aun en el supuesto de que algunos jueces hubiesen fallado en un sentido distinto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello configuraría un error de juzgamiento, pasible de ser cuestionado a través de los medios impugnatorios regulados en cada tipo de proceso y no mediante un proceso competencial.
- Que no se ha arrogado indebidamente facultades; por el contrario, el Poder Judicial se ha limitado a ejercer legítimamente el ejercicio de sus atribuciones constitucionales de controlar jurídicamente los actos de gobierno (artículos 148° y 200°, inciso 2 de la Constitución), sin pretender, en ningún momento, asumir la facultad de otorgar licencias de funcionamiento, puesto que resulta evidente que dicha atribución le corresponde al Poder Ejecutivo en ejercicio de su potestad administrativa.
- Que el MINCETUR atribuye al Poder Judicial haberse arrogado competencias que al primero no le han sido atribuidas ni por la Constitución ni por las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, sino por la Ley N.° 27153, norma que no forma parte del bloque de constitucionalidad según los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, con lo cual se incumple lo establecido por el artículo 109° del Código Procesal Constitucional.
- Y, finalmente, que la independencia de los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional no sólo constituye una garantía de los ciudadanos, sino también un derecho que la Constitución le reconoce expresamente a cada magistrado (artículo 139°, inciso 2), derecho que se pretende infringir mediante el proceso constitucional incoado.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

El Tribunal Constitucional estima que, para la resolución de la presente controversia, será necesario responder las siguientes cuestiones de relevancia constitucional:

1) ¿El ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las competencias o atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales?

2) ¿Cuál es la competencia o atribución del Poder Ejecutivo afectada ilegítimamente por el Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional?

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio de la demanda

1. Del análisis de la demanda y de los demás actuados se aprecia que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la presunta afectación de las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejec-

tivo por los artículos 118°, incisos 1 y 9, y 121° y 128° de la Constitución², y, como consecuencia, (1) determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; y (2) declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas que contravienen dichos pronunciamientos.

2. No obstante, antes de resolver la cuestión de fondo, este Colegiado considera conveniente, en primer lugar, pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado; y, en segundo lugar, realizar algunas consideraciones de relevancia constitucional.

§2. Sobre las excepciones propuestas por el demandado

3. El demandado, en la vista de la causa, ha propuesto las siguientes excepciones: 1) de representación defectuosa y 2) de litispendencia.

Respecto a la primera, alega que el demandante no ha cumplido con adjuntar el informe técnico legal que sustente la procedencia de la demanda, tal como lo establece el artículo 1° del Decreto Supremo 060-2006-PCM³. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento, por cuanto el hecho de que no se haya acompañado el informe técnico legal a la demanda no implica que se haya incumplido con lo establecido en dicho dispositivo legal; por el contrario, se aprecia claramente del Oficio N.º 424-2006-SCM-PR⁴, de fecha 3 de octubre de 2006, que, antes de interponer la presente demanda, se han emitido los informes técnicos respectivos.

4. Respecto a la segunda, el demandado sostiene que existen, por lo menos, dos procesos constitucionales de amparo pendientes de resolver en los cuales ambos poderes del Estado son parte y por tanto con el mismo interés en el objeto respecto de la pretensión. Sobre este argumento el Tribunal Constitucional tampoco aviene con el demandado. No debe perderse de vista, como ya lo ha dicho este Colegiado⁵ que

si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. De ahí que se haya

2 Fojas 14 de la demanda.

3 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de setiembre de 2006.

4 Fojas 25 del expediente.

5 STC 4903-2005-PHC/TC (fundamento 3)

señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

5. Precisamente sobre la base de esta especificidad del Derecho Procesal Constitucional es pertinente precisar que el competencial es un proceso constitucional autónomo respecto de otros procesos judiciales o constitucionales y, a diferencia del proceso de amparo, está orientado predominantemente a la tutela del orden constitucional objetivo, el cual se asienta en los principios de redistribución territorial del poder –*división vertical*– y en el de separación tanto de poderes como de órganos constitucionales –*división horizontal*–, sin que ello implique omitir la presencia de la dimensión subjetiva. Condicionar la resolución del presente proceso competencial a lo que se resuelva en los procesos de amparo a los que hace referencia el demandado, implicaría que este Colegiado abdique de su función de ser el órgano encargado del control constitucional, según establece el artículo 201° de la Constitución y, en particular, de la tutela de los fines de los procesos constitucionales previstos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Dilucidadas estas cuestiones, el Tribunal Constitucional ingresará al fondo de la controversia.

§3. Presupuestos del proceso competencial

6. En sentencia anterior⁶ el Tribunal Constitucional ha señalado que, para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. Así, se ha señalado que el elemento subjetivo implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales por expresa disposición hoy del art. 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata de un caso de legitimidad especial.

7. Mientras que, de acuerdo al elemento objetivo, la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, deberá tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, *prima facie*, de las leyes orgánicas respectivas, quedando, de este modo, fuera de la competencia de este Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, ya sea porque no existe coincidencia de sujetos o porque se advierte falta de materia constitucional. Se reconoce, así, una reserva de jurisdicción constitucional de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.

6 STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).

8. En el caso de autos el elemento subjetivo se configura plenamente pues se trata de dos Poderes del Estado cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente por la Constitución (artículo 200°, inciso 3) y por el artículo 109° del Código Procesal Constitucional, según el cual

«(...) el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: (...) 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí (...)».

9. En lo que toca al elemento objetivo, el demandante señala que las atribuciones afectadas por el Poder Judicial son las previstas en los artículos 118°, incisos 1 y 9, y 121° y 128° de la Constitución. Frente a tal aserto, el demandado estima que no existe un conflicto de naturaleza constitucional por dos razones: 1) porque es evidente que las atribuciones previstas a favor del Poder Ejecutivo en las disposiciones constitucionales antes mencionadas no precisan ser reconocidas a través de un proceso competencial; 2) porque el supuesto conflicto se daría en virtud a una ley ordinaria y no a una de naturaleza constitucional o ley orgánica.

10. El Tribunal Constitucional disiente de las afirmaciones del demandado. De primera intención debe recalcar que la jurisprudencia de este Colegiado distingue entre conflicto constitucional de competencias y conflicto constitucional de atribuciones. Así, mientras el primero está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización), el segundo tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales⁷.

11. La comprobación de la presencia del elemento objetivo en el proceso competencial, si bien tiene como punto de partida lo que las partes del proceso señalan, le corresponde al Tribunal Constitucional dada su condición de instancia suprema y única de resolución de los conflictos constitucionales de competencias y de conflictos constitucionales de atribuciones. Por ello si bien el demandante hace mención a las atribuciones del MINCETUR previstas en las Leyes 27153 y 27796, que regulan la explotación de los Juegos de Casino y Máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional aprecia que, en estricto, el conflicto constitucional gira en torno a las atribuciones previstas en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución.

§4. Atribuciones constitucionales y ejercicio de la función jurisdiccional

12. La determinación de los elementos objetivo y subjetivo en el presente proceso competencial no significa, de por sí, que exista una afectación de las atri-

7 STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).

buciones reconocidas al Poder Ejecutivo por el citado artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución. Necesario es, primero, determinar, de manera general, si el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales; y, en el supuesto afirmativo, esclarecer si, en el presente caso, el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo –más específicamente, del MINCETUR–.

13. En cuanto a lo primero cabe señalar que la Constitución prevé que «[l]a 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 138° de la Constitución). Esta disposición concuerda con lo establecido en el artículo 45° de la Norma Suprema; y ello es así porque uno de los principios fundantes de todo Estado Constitucional de Derecho es aquél según el cual el poder del Estado emana del Pueblo, aunque es bueno siempre reiterar que el ejercicio de ese poder se realiza dentro de las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

14. La potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por medio de sufragio directo –salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular (artículo 152° de la Constitución)–. Sin embargo el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y plenario respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.

15. Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138° inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado.

16. En tal línea puede predicarse entonces que así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo –motivo por el cual puede oponer su reserva de ley a los actos administrativos y resoluciones judiciales que la invadan–, por igual razón la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. Esto, como es evidente, no impide que el Poder Judicial ejerza su atribución constitucional de impartir justicia, lo que se configura también como una reserva jurisdiccional inmune a los actos políticos; esta indemnidad, no obstante, no ocurre frente a la jurisdicción constitucional, a tenor del artículo 202°, inciso 3 de la Constitución,

pues ella es la encargada de examinar los conflictos de competencia y atribuciones, a fin de que no se produzcan superposiciones o menoscabos de las atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado.

17. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias. Mientras el conflicto constitucional *positivo* se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional, el conflicto constitucional *negativo* se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

18. Junto a ellos se ha advertido también el *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro⁸.

19. Esta reseña no agota el catálogo de las formas en las que puede manifestarse un conflicto constitucional. En efecto, más allá de lo previsto en el artículo 110° del Código Procesal Constitucional,

en los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, el recurrente puede aducir que sus atribuciones son perturbadas por un acto o comportamiento que se considere ilegítimo del demandado y que le ocasione un perjuicio, o bien por interferir en su esfera de competencias, o por impedir ejercitar atribuciones propias, o por obstaculizar la eficacia de sus actos, o turbar su independencia como poder del Estado⁹.

20. En este tipo de conflicto podemos encontrar que en el ejercicio de su función jurisdiccional el Poder Judicial afecte las atribuciones que la Constitución reconoce a otros poderes del Estado u órganos constitucionales. Tal situación ha sido también prevista en la doctrina, precisándose que

serían competencia de la *Corte* aquellos conflictos relativos a atribuciones jurisdiccionales, producidos cuando un poder del Estado considera que un órgano jurisdiccional pretende definir una relación de la que se deriva una lesión a su esfera de atribuciones. En ese sentido, estaría incluida no sólo la casación y la magistratura ordinaria, sino también las jurisdicciones especiales¹⁰.

Sería así en el supuesto que el Poder Judicial pretendiese perturbar la facultad del Congreso de la República de indagar, a través de las comisiones de inves-

8 STC 0005-2005-CC/TC (fundamento 23).

9 TRUJILLO RINCÓN, María. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995. p. 156.

10 TRUJILLO RINCÓN, María. *Op. cit.* p. 162.

tigación o de cualquier otra comisión dotada de tal facultad, de acuerdo con el artículo 97º y 139º inciso 2 de la Constitución, o también si interfiriese en las atribuciones que la Constitución (artículo 118º) le reconoce al Poder Ejecutivo.

21. En estos casos, es evidente que el conflicto de atribuciones no se configura como una disputa por una competencia o atribución entre poderes del Estado u órganos constitucionales –*conflicto constitucional positivo*–, como una negativa a asumir competencias o atribuciones –*conflicto constitucional negativo*–, o como un *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*; antes bien,

«el conflicto de atribuciones entre poderes puede surgir también por el hecho de que un poder, sin invadir la esfera de competencias de otro poder, por el modo ilegítimo en que obra en la esfera de sus competencias, turbe su actividad y le impida desarrollar, en todo o en parte, la actividad que le compete»¹¹.

22. Se trata aquí de un tipo de conflicto que se ha venido a denominar como *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*. Puede este clasificarse en: a) conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*; b) conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*. En el conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

En el conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

23. Es por ello, que el Tribunal Constitucional precisa, a través de la presente sentencia, que también cabe hablar, dentro de los tipos de conflictos de competencia y de atribuciones, de un *conflicto constitucional por menoscabo*, según el cual, junto a la configuración subjetiva se añade otra, objetiva, más amplia, que atañe no sólo a la titularidad o pertenencia de la competencia, sino al modo como, sustancial y procesalmente, ésta se ejerce. En tal supuesto, lo que es materia de controversia es el hecho de cómo una atribución –cuya titularidad no se discute– está siendo ejercitada; siempre que en la ilegítima modalidad del ejercicio pueda ser derivada, una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales ajenas, un impedimento o un menoscabo, tal como también lo reconoce la doctrina constitucional atinente¹².

11 GÓMEZ MONTORO, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 148.

12 «A questa configurazione soggettiva se ne è tuttavia aggiunta una oggettiva, più ampia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio

§5. Análisis del caso concreto

24. Habiéndose determinado, en abstracto, la posibilidad de que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial genere un conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones, corresponde plantear la siguiente cuestión: ¿el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, en el presente caso, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo previstas en el artículo 118º, inciso 1 y 9 de la Constitución?

25. Al respecto, el demandante sostiene que el Poder Judicial, a través de sus diferentes instancias, viene adoptando decisiones que afectan las esferas de las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo, específicamente del MINCETUR¹³. Por su parte, el demandado afirma que no ha adoptado decisiones que lesionen las atribuciones del MINCETUR, que su actuación ha sido la de dar solución a un conflicto intersubjetivo suscitado en cada caso particular, donde el MINCETUR salió desfavorecido, lo cual en modo alguno puede afectar sus competencias y atribuciones¹⁴.

26. A juicio del Tribunal Constitucional, en el presente caso se configura un *conflicto de atribuciones por menoscabo*, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118º, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118º, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento, tal como consta en autos de fojas 27 a 302.

27. En el presente caso, dada la peculiar configuración de este tipo de conflicto, no cabe recurrir al *test de la competencia*, pues no está en juego la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado. En todo caso, el principio de jerarquía (de las sentencias del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones del Poder Judicial en materia de los procesos constitucionales) es el que se muestra como el más idóneo para determinar la legitimidad de los actos jurisdiccionales que estarían menoscabando algunas de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo.

28. Esto, conviene enfatizar, no convierte al Tribunal Constitucional en parte en el presente proceso constitucional, ni tampoco comporta la sustitución de las facultades y deberes que, como parte legitimada, le corresponden al Poder Ejecutivo. La consideración de las sentencias y de los precedentes vinculantes como

(sostanziale o procedurale) di essa. In tal caso, ciò che é controverso é *come* un potere –della cui titolarità non si discute– viene esercitato, sempre che dall'illegitima modalità di esercizio possa essere derivata una lesione dell'ambito delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione (...). ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, Nuova edizione, 1988. p. 339.

13 Fojas 1 del expediente.

14 Fojas 650 del expediente.

parámetro de legitimidad y validez constitucionales de las resoluciones del Poder Judicial, por tanto, no compromete ni pone en cuestión la imparcialidad e independencia de este Colegiado, ni tampoco su condición de instancia única y suprema de resolución de los procesos de conflicto de competencias o de atribuciones, tal como dispone el artículo 202º, inciso 3 de la Constitución.

5.1. *Afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes*

29. Es cierto, como ya se ha señalado *supra*, que la Constitución (artículo 138º) reconoce al Poder Judicial la atribución de ejercer la función jurisdiccional. Pero no se puede negar que dicho ejercicio, para que sea constitucionalmente legítimo, debe estar dentro del marco constitucional establecido. Dicho esto cabe precisar que el Congreso de la República había dictado la Ley 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

30. Esta Ley fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de una demanda de inconstitucionalidad¹⁵. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1º de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones. Esta sentencia, posteriormente, mereció la intervención del legislador a través de la Ley 27796, a fin de proveerla de la conformidad reclamada.

31. El Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, estableció un precedente vinculante¹⁶, cuyo tenor es el siguiente:

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

44. Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

15 STC 009-2001-AI/TC.

16 STC 4227-2005-AA/TC (fundamentos 43 y 44).

32. Siendo así, al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley 27153, modificada por la Ley 27796. Es verdad que la Constitución ha establecido que *todos* tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38°), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional.

33. La potestad del Poder Ejecutivo de exigir el cumplimiento de la ley antes mencionada es indiscutible, no sólo porque tal atribución le viene dada, inequívocamente, por la Constitución, sino también porque la comentada es una norma vinculada con aspectos tributarios cuyo ámbito de regulación desborda el plano de mera legalidad y repercute en diversos aspectos fijados por el orden constitucional, tales como la salud pública, la moral y la seguridad pública. En efecto, la finalidad de la Ley 27153 (artículo 1°) es

«regular la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas a fin de proteger a la ciudadanía de posibles perjuicios o daños que afecten la moral, la salud y seguridad pública; así como promover el turismo receptivo; y establecer el impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas».

34. Esta atribución constitucional del Poder Ejecutivo se ve reforzada por la propia Ley 27153, modificada por la Ley 27796, la cual prevé que su cumplimiento se encarga (artículo 24°) a la Dirección Nacional de Turismo –entidad adscrita al MINCETUR y, finalmente, al Poder Ejecutivo–, previsión que se despliega en las facultades de autorizar, fiscalizar, supervisar e imponer sanciones en el ámbito de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. De ahí que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce.

5.2. La afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales

35. En cuanto a la atribución constitucional de cumplir y hacer cumplir la sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales, en el Poder Ejecutivo reposa la obligación de hacer cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, tal como expresamente lo prevé el artículo 118°, inciso 9 de la Constitución. Sin embargo, esta atribución, al igual que la prevista en el artículo 118°, inciso 1, se ha visto menguada por la inconstitucional tutela de determinadas demandas de amparo y de cumplimiento por parte de algunos jueces del Poder Judicial, en abierto desconocimiento de la eficacia normativa de las sentencias constitucionales emitidas.

36. Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201º) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202º), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares.

37. Particularmente, las sentencias que recaen en los procesos de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, fuerza vinculante y calidad de cosa juzgada. Por ello, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución. Tal como lo ha establecido este Colegiado en resolución anterior,

la Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista, la cual debe proyectar sus consecuencias en el derecho procesal constitucional. Una consecuencia de ello es la apertura del proceso constitucional a la pluralidad de «participes» en la interpretación del texto *supra*. La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad¹⁷.

38. De otro lado, el control constitucional de las leyes, más allá del examen de compatibilidad, formal o material, de una ley con la Constitución, cumple también otras funciones trascendentales para un Estado constitucional de Derecho. Particularmente es pertinente poner de relieve la *función pacificadora y ordenadora* del Tribunal Constitucional, según la cual, las sentencias que éste expida y queden firmes, considerando su posición de instancia única en el control abstracto de constitucionalidad, son irrecurribles

en el orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 205º de la Constitución Política del Perú y, en ese sentido, deben ser actuadas en sus propios términos por todos los poderes públicos y, singularmente, por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Pero, al mismo tiempo, constituye cosa juzgada material, impidiendo 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 jurídicas¹⁸ (*subrayado agregado*).

39. Debe puntualizarse, asimismo, que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: *fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos*. La afirma-

17 RTC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (fundamento 23).

18 STC 0003-2005-AI/TC (fundamento 3).

ción de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia. Ello se refrenda con la Constitución (artículo 204°), que señala 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».

y con el artículo 82° del Código Procesal Constitucional, que dispone que

«Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos».

40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no sólo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones *-ratio decidendi-*. Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado que

las sentencias no sólo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente en un Tribunal que suele identificarse como «supremo intérprete de la Constitución» (art. 1.° de la LOTC), son precisamente las «interpretaciones» que se ubican en la parte de la justificación del fallo. Como se ha observado, dentro de la motivación hay que ubicar la denominada *ratio decidendi* -o «hilo lógico» del razonamiento de los jueces-, que comprende en los sistemas del *common law* tanto el principio de derecho como el hecho relevante considerado por el Juez (*holding*), como también las denominadas *obiter dicta* o razones subsidiarias. Son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento* (*obiter dicta*)¹⁹.

41. Es necesario precisar, por ello, que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no sólo respecto al *decisum* o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos *-ratio decidendi-* que constituyen su fundamentación²⁰. Y es que, a diferencia de los *obiter dicta* -que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios-, la *ratio decidendi* constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima²¹.

42. Es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que

19 Por todos, STC 4119-2005-PA/TC (fundamento 12); también STC 0024-2003/AI/TC.

20 STC 6167-2005-PHC/TC (fundamento 2)

21 STC 0012-2005-PI/TC (fundamento 4).

(...) 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.

De igual modo, el artículo VII precisa que

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

43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

44. Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía²². Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella.

45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.

46. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138° de la Constitución. En definitiva, uno de los límites

22 STC 0002-2005-PI/TC (fundamento 36).

del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, pues tal como se ha señalado anteriormente

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 (...) ²³.

47. De ahí que sea necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto, resultaría claramente inadmisibles y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de *última ratio* de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución.

48. De otro lado, en cuanto al incumplimiento del precedente vinculante dictado en la sentencia 4227-2005-AA/TC, es menester indicar que también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, tal como lo señala la Constitución en su artículo 118°, inciso 1. En este caso, la ilegitimidad constitucional de la estimación de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en detrimento del Poder Ejecutivo, es aún más notoria.

49. En efecto, el Tribunal Constitucional, tal como lo señala en el propio precedente, ya había advertido que

en sede judicial se vienen dictando sentencias –que han adquirido la calidad de firmes– en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringen el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de este Tribunal, en virtud de los cuales los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad ²⁴ (*subrayado agregado*).

50. Por eso mismo dispuso que tal sentencia,

constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º

23 STC 0019-2005-AI/TC (fundamento 66)

24 STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 42).

014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas, 44. Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas (*subrayado agregado*).

51. No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200º, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial.

52. Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo «de control de la Constitución» (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo. De ahí que

(...) puesto que prácticamente toda cuestión jurídico-constitucional puede ser planteada de alguna manera al Tribunal Constitucional (...) su interpretación tiene, como consecuencia de la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional para todos los órganos del estado, tribunales y poderes públicos (...) una importancia extraordinaria. Los Tribunales Constitucionales deciden sobre el derecho constitucional de manera vinculante en última instancia y por tanto con autoridad. Esto es diferente en estados sin justicia constitucional. En estos la clarificación determinante de las normas constitucionales es practicada por otros órganos constitucionales (Parlamento, Jefe de Estado)²⁵.

Dado que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de justicia constitucional, un juez, si es leal a la Constitución y a la ley, jamás puede ir en contra de los valores democráticos y del respeto de la Constitución y de su interpretación.

25 STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 289.

53. El respeto por el precedente establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial, se concretó en la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, de fecha 13 de marzo de 2006²⁶, en la cual se dispuso que:

todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes (...) N.º 4227-2005-AA/TC (...)

Aunque, poco después el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de un Comunicado de fecha 4 de abril de 2006, que por cierto no tiene carácter jurídico y carece de efectos legales, pretendió desconocer los efectos normativos de dicho precedente (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), recurriendo a una inconstitucional interpretación de la independencia jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial (artículo 146º, inciso 1 de la Constitución).

54. Todo ello muestra que la estimación de las demandas de amparo y de las demandas de cumplimiento por parte Poder Judicial desconociendo los efectos normativos de las sentencias aludidas *supra*, menoscaba la atribución constitucional que la Constitución (artículo 118º, inciso 9) le reconoce al Poder Ejecutivo; en otros términos, se ha configurado una mengua en las atribuciones constitucionales del primero con respecto a las atribuciones constitucionales de este último, por lo que es necesario, ahora, que se determine, para el presente caso, los efectos de la sentencia atendiendo a la particularidad de este tipo de conflicto de atribuciones.

§6. Los efectos de la sentencia del presente proceso competencial

55. La primera cuestión que se debe precisar es que, como se ha visto, el de autos no es un conflicto de atribuciones constitucionales positivo, negativo o de omisión en cumplimiento de acto obligatorio. Además de la vinculación a los poderes públicos y efectos *erga omnes*, para el primer caso, el Código Procesal Constitucional (artículo 113º) prevé que la sentencia

(...) 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 (*subrayado agregado*).

56. Para el supuesto de los conflictos de competencias o atribuciones negativas, el mismo dispositivo establece que

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.

26 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006.

De lo cual se concluye que, normalmente, la sentencia sobre el fondo que pone fin al proceso competencial tiene como fin principal determinar la titularidad de las competencias o atribuciones que correspondan a un determinado poder del Estado u órgano constitucional, seguido, algunas veces, de la anulación de los actos viciados de incompetencia que se hayan dictado.

57. Sin embargo, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones constitucionales por menoscabo; por ende, es necesario que este Tribunal determine los efectos de éste conflicto. La doctrina señala que

esta decisión va, en principio, unida a la declaración sobre la competencia, de forma que si el órgano que emanó el acto o disposición impugnados carecía de competencia, o si aún teniéndola la ejerció de forma tal que lesionó la competencia de otro órgano, el Tribunal Constitucional debe necesariamente declarar su nulidad²⁷ (*subrayado agregado*).

58. Es evidente, entonces, que la sentencia en este caso no tiene como contenido principal determinar la titularidad de las atribuciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, pues ambos entes han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales; antes bien, lo que hará será declarar la nulidad de aquellos actos -en este caso jurisdiccionales- viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo las sentencias del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, y que causan un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo. En esta forma de decisión, los efectos de la sentencia trascienden a las partes legitimadas en el proceso competencial.

59. Más aún, dichos actos jurisdiccionales se han dictado, como señala el demandante, al margen de lo que prescrito por el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁸, el cual establece que

«cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular».

27 GÓMEZ MONTORO, Ángel. *Op. cit.* p. 449.

28 Escrito del demandante de fecha 9 de febrero de 2007.

60. Este vicio de ilegitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente de Derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado:

(...) así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.º de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional

(...)

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 vigente²⁹.

61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado³⁰. Y ello es así porque

la norma fundante básica [la Constitución] es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen³¹.

62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas *supra*.

63. Por ende, en aplicación del artículo 113º del Código Procesal Constitucional, el cual establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional anula las disposiciones o actos viciados de incompetencia, debe declararse la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que han estimado sendas demandas de amparo o de cumpli-

29 STC 0047-2005-PI/TC (fundamentos 33-34).

30 STC 3741-2004-AA/TC (fundamento 42).

31 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México D.F. UNAM, traducción de segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, 1982. p. 214.

miento con desconocimiento de las sentencias 009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC y que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 118°, inciso 9, tenía la atribución constitucional de cumplir y hacerlas cumplir.

§7. Sobre las solicitudes presentadas por la Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas y otros

64. La Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas, con fecha 2 de noviembre de 2006, Sun Inversiones S.A.C., con fecha 16 de noviembre de 2006, así como Los Faraones S.A.C., Import & Export Golden S.A.C., Exactum Game S.A.C., Abraxsa S.A.C., Sagitario S.A.C., El AZ Ganador S.A.C., Apex Corporation S.A.C., de fecha 2 de noviembre de 2006, presentaron solicitudes a fin de que el Tribunal Constitucional permita su intervención en este proceso.

65. Debe precisarse al respecto que, si bien el proceso competencial, como todo proceso constitucional, tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva, es evidente que, principalmente, está vinculado a la garantía del orden objetivo constitucional; además, el Tribunal Constitucional resuelve, en este tipo de conflictos de atribuciones por menoscabo, más que por lo que puedan argumentar las partes o los que quisieran intervenir en el proceso, por el contraste del acto o disposición con el conjunto del ordenamiento constitucional.

66. Debe puntualizarse que en el proceso competencial se resuelven las controversias jurídicas de los sujetos legitimados por la Constitución (artículo 202°, inciso 3) y el Código Procesal Constitucional (artículo 109°). Ciertamente, sus efectos -como todo acto legislativo, judicial o administrativo- pueden incidir, directa o indirectamente, sobre la esfera jurídica de terceros, pero no puede decirse que de ahí se derive, necesariamente, una afectación del derecho al debido proceso; más aún si se considera que los derechos fundamentales no son absolutos, sino susceptibles de afectaciones legítimas por parte del Estado.

67. No obstante ello, mediante decreto de fecha 1 de enero de 2007, este Tribunal ha dispuesto que se tenga en consideración, en lo que sea constitucionalmente relevante, para la resolución de la presente controversia constitucional, las apreciaciones de los solicitantes. Siendo ello así, de los escritos presentados se puede extraer que la cuestión esencial que se plantea es que se estaría afectando, en caso se declare fundada la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo, la garantía de la cosa juzgada reconocida por el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución³².

§8. Sobre la cosa juzgada constitucional

68. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento de los solicitantes. En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de *cosa juzgada*, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es

suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6° del Código Procesal Constitucional. Al efecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201°), y que, en determinados procesos constitucionales -hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento-, es instancia final de fallo (artículo 202°, inciso 2 de la Constitución) de las resoluciones del Poder Judicial; en otros -proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial- es instancia única (artículo 202° inciso 1); de ahí que sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la LOTC).

69. Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.

70. Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139°, inciso 2, es la *cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

71. Bajo estas consideraciones, es evidente que en el presente caso las resoluciones judiciales que se dictaron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y los efectos normativos de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la sentencia 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional y, por ende, no puede afirmarse que su nulidad constituya una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, ambos principios reconocidos en el artículo 138°, incisos 2 y 3 de la Constitución, respectivamente. Y es que de la relación que existe entre la Constitución y el proceso se deriva que éste no puede ser concebido como un instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral de cara la realización de determinados valores constitucionales, pues esta es una práctica propia del positivismo y relativismo procesalista; antes bien, debe entenderse como un instrumento jurídico comprometido con la realización de valores democráticos y con el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales.

§9. Sobre la Ley N.º 28945

72. Con fecha 24 de diciembre de 2006, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley N.º 28945, Ley de Reordenamiento y Formalización de la Actividad de Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas; el artículo 2º de la Ley mencionada establece que

«También podrán acogerse al procedimiento de reordenamiento y formalización previsto en el presente artículo, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, vienen explotando salas de juego de máquinas tragamonedas con Autorización Expresa otorgada por la Dirección Nacional de Turismo en cumplimiento de un mandato judicial.

Igualmente, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, han venido explotando salas de juego de máquinas tragamonedas en virtud de acuerdos privados celebrados con titulares de sentencias o resoluciones judiciales que restringieron el ejercicio de las facultades de autorización, fiscalización y sanción de la Dirección Nacional de Turismo».

73. Sobre esto es necesario reiterar que

el ocio que promueve a través el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta que pueden generar adicción –ludopatía– con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas³³.

74. En ese sentido, si bien tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo han considerado necesario dictar una normativa que permita la formalización y regularización de las empresas que se dedican a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional estima que, en ningún caso, las resoluciones judiciales antes mencionadas pueden dar lugar a la exoneración o incumplimiento de los requisitos legales establecidos para dicha actividad. En todo caso, es legítimo que la autoridad correspondiente exija el pleno acatamiento de tales requisitos y, en los casos que corresponda, que aplique las sanciones administrativas y medidas correctivas previstas en las leyes correspondientes.

75. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional estima pertinente recordar que, de acuerdo con el artículo 47º de la Constitución, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos, los que deben actuar con la responsabilidad y diligencia debida a fin de resguardar el cabal cumplimiento del orden público constitucional. Del mismo modo, recomienda que el Poder Ejecutivo, en general, y la procuraduría pública del MINCETUR, en particular, realicen todos los actos necesarios que coadyuven al cumplimiento efectivo del mandato constitucional reconocido en el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución.

33 STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 40).

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, **NULAS** las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 24 de enero de 2003, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de declaración de certidumbre (Exp. N.° 066-2002) seguido por Sociedad Exportadora Santa Isabel S.A.C., Harumi Company S.A.C., Sun Nippon Company S.A.C., Pacific Entertainments S.A.C., Famh E.I.R.L, Inversiones CMM S.A.C. y MCM Recreativos S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Primera Sala Mixta de Junín, mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2004, y fue elevada en casación, siendo declarada improcedente por la Sala Civil Suprema mediante resolución de fecha 9 de agosto de 2005; por conceder, a favor de las empresas demandantes, plazos irrazonables y manifiestamente excesivos de adecuación a la Ley 27153 (entre 15 y 20 años); apartándose de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 009-2001-AI/TC, en el extremo en que este Tribunal se pronunció sobre la necesidad de establecer un **plazo razonable** de adecuación, acorde con el principio de proporcionalidad (fundamento 17).
- La resolución de fecha 18 de junio de 2006, emitida por Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, en el proceso de amparo (Exp. N.° 125-2004) seguido por Vaclau S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo; por otorgar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 7 de enero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 179-2004) seguido por Nevada Entretenimientos S.A.C., Juegos Recreativos Huascarán S.A.C., Inversiones Las Siete Tinajas S.A.C., Tourist Entretenimientos S.A.C., Alpamayo Inversiones S.A.C., Entretenimientos del Centro S.A.C., Oroya Turística S.A.C., Sierra Machines S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Mixta de Junín, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2005; por contradecir los fundamentos 3, 4 y 8, entre otros, de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 4 de febrero de 2005, emitida por el Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.° 804-2004) seguido por la Empresa Raymi & Games S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Civil de Cajamarca, mediante sentencia de fecha 6 de julio de 2005; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.

- La resolución de fecha 13 de mayo de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Maynas, en el proceso de amparo (Exp. N.º 018-2004) seguido por Inversiones Malok S.A.C., Driza Holding S.A.C., Corporación Kodra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Maynas, mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2005; por contradecir lo dispuesto en el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, esto es, que los requisitos previstos en la Ley 27153 no afectan el derecho a la libre iniciativa privada ni el principio de igualdad.
- La resolución de fecha 9 de diciembre de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 149-2005) seguido por J.W. Corporation S.A.C., JD General Investment S.A., Merchant Investment Corporation, Red One S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 8 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 30 de enero de 2006, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 180-2005) seguido por Inversiones Andean del Centro S.A.C., Slots Zeta Games S.A.C., Slots Omega Investments S.A.C., Recreativos Slots del Pacífico S.A.C., La Máquina de la Suerte Investment S.A.C., Juego y Aventura Real S.A.C., Inversiones Palacio del Juego S.A.C., International Juegos Huari S.A.C., Gaming Services Investment, Corporation Machines & Entertainment S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 5 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de noviembre de 2004, emitida por el Juzgado Mixto de Casma, en el proceso de amparo (Exp. N.º 364-2004) seguido por Z & Z Interset S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Chimbote, mediante sentencia de fecha 12 de agosto de 2005; por disponer aplicar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 31 de agosto de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 097-2005) seguido por Camacho Games S.R.L., Saltadistas de la Suerte S.A.C., Machines Los Antes Slots S.A.C., Juegos Slots Multinacionales S.A.C., Sun Inversiones S.A.C., Metropolis Games S.A.C., Andean Slots S.A.C., Diversiones JR. S.A.C., Mak's International S.R.L. y Mundo Electrónico S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4, 5 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 22 de agosto de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Yanahuanca-Cerro de Pasco, en el proceso de amparo (Exp. N.º 014-2005) seguido por Mex Lim S.R.L. e Inversiones Vizcarra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.

- La resolución de fecha 2 de setiembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Mixto de Cutervo, en el proceso de amparo (Exp. N.º 043-2005) seguido por Estrella de la Suerte S.A.C., Inversiones Balora S.A.C., Inversiones Bambamarca S.A.C. y Juegos y Diversiones Las Tullpas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de mayo de 2006, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.º 275-2006) seguido por la Empresa Los Faraones S.A.C. y Willians Gaming S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC y el FJ 40 de la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional.
- Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional.

2. Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de amparo (Exp. N.º 408-1997) seguido por Compañía Hotelera Lima S.A., Compañía Hotelera Talara S.A., Consorcio de Inversiones Santa Fe S.A., Corporación Aventura S.A., Crystal Palace S.A., Diversiones y Entretenimientos del Perú S.A., Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., Fantasy Club del Perú S.A., Flamingo Games S.A., Inversiones Las Vegas S.A., Inversiones Hobby S.A., Inversiones Yeniva S.A., La Silueta S.A., Machine Games S.A., Poker S.R.L., Promotora El Dorado S.R.L., Suttner & Visser S.A., The Palace Fortune S.A., Tourist Investment S.A. y Xanthus S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de cumplimiento (Exp. N.º 1265-1997) seguido por Corporación de Inversiones Santa Fe S.A., La Silueta S.A., Textilco S.A., Diversiones y Entretenimiento del Perú S.A., Fantasy Club del Perú S.A., y Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
- La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Andahuaylas, en el proceso de amparo (Exp. N.º 0302-2001) seguido por el Consorcio de Inversiones Cathay S.A., Recreativos Fargo S.A., Balshem Gaming S.A. y Zlata Actividades Recreativas S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
- La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N.º 2153-2004) seguido

por Inversiones KNN S.A. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.

- La resolución de fecha 17 de enero de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Tingo María, en el proceso de amparo (Exp. N.º 174-2004) seguida por Siglo XXI S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Huánuco, mediante sentencia de fecha 9 de agosto de 2005.
- La resolución de fecha 24 de febrero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Moquegua, en el proceso de amparo (Exp. N.º 060-2005) seguido por Magic Center S.C.R.L. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- La resolución de fecha 4 de noviembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.º 585-2005) seguido por Apex Corporation S.A.C. y 9 Reynas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

3. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Si bien coincido con la mayoría de los argumentos en que se sostiene la demanda me es preciso añadir lo siguiente:

Considero que la facultad otorgada al Tribunal Constitucional para declarar los efectos de su sentencia en el proceso competencial y con ello anular las resoluciones emitidas a partir de un viciado ejercicio de la competencia a que se refiere el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, debe efectuarse mediante un estricto test que aprecie las consecuencias de dicha anulación, mas aún si el efecto

de la sentencia recaerá sobre resoluciones judiciales emitidas por una entidad a la que la Constitución le ha conferido el deber de impartir justicia, como lo es el Poder Judicial.

Por otro lado no es sólo la doctrina la que debe procurar elementos para apreciar la necesidad de corregir algún eventual ejercicio de las atribuciones del Poder Judicial que menoscaban las atribuciones de otros órganos constitucionales (en el caso el Poder Ejecutivo) sino también debe tenerse en cuenta la imbricación entre la Constitución y la ley con la realidad en la cual se desenvuelven y de la cual el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el propio Tribunal Constitucional no pueden situarse al margen.

En el caso que nos ocupa el artículo 138 de la Constitución Política otorga al Poder Judicial el ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en el inciso 13) del artículo 139, sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional, la Constitución establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada; por otro lado nuestra Carta Magna establece que le corresponde al Poder Ejecutivo, específicamente al Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y las sentencias de los órganos jurisdiccionales (incisos 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución); y el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y ejerce tal atribución mediante la resolución de las causas que se someten a su conocimiento.

No cabe duda que el reparto de competencias establecido por la Constitución no puede conspirar contra el orden constitucional y provocar, en vez de la armonía y el balance de poderes una situación de conflicto permanente y lagunas exentas de control que desautoricen al Estado como componente esencial de la democracia. Es en este sentido que conforme a una lectura de unidad de la Constitución, se impone como menester conjugar las diversas atribuciones otorgadas a los órganos constitucionales; y, en ello, qué duda cabe es el propio Tribunal Constitucional quien tiene que definir el ámbito de sus propias competencias y atribuciones.

Este Tribunal, por ello, debe destacar su labor de pacificación, pues le compete solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y su labor de ordenación, en la medida que sus decisiones tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante; en este sentido es que este Colegiado, sin transgredir las competencias que le atribuye por la Constitución y desarrolladas por el Código Procesal Constitucional y por su Ley Orgánica, debe procurar la solución de los conflictos y propugnar el adecuado balance de los poderes de manera que sus precedentes y sus juicios de constitucionalidad encuentren real eficacia, lo que, sin duda, contribuirá a que la participación de los demás poderes del Estado en el ordenamiento social se realice sin el sometimiento absoluto de un poder respecto de otro, todo ello en la búsqueda de la paz social. Por ello, soy de la opinión que se deben efectuar las modificaciones constitucionales y legales dirigidas a consolidar el *stare decisis* y la cosa juzgada constitucional lo que permitirá que el Tribunal Constitucional sea efectivamente competente para conocer en consulta del ejercicio del control difuso llevado a cabo

por el Poder Judicial en los procesos constitucionales; es en esta línea que, a partir de una lectura de unidad de la Constitución, este Colegiado ha optado por declarar, en primer lugar, nulas las sentencias dictadas en abierta contravención de las sentencias del Tribunal Constitucional (0009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC) siendo estos precedentes de obligatorio cumplimiento por lo que, aunque puedan generar controversia los fundamentos esgrimidos en el punto 8 de la sentencia de autos, estos tienen eficacia tanto vertical como horizontal y es este sentido que los reitero, del mismo modo en que debieron ser de observancia por los jueces del poder judicial; y en segundo lugar ha dejado en manos de la Corte Suprema la decisión final y responsable sobre aquellas causas resueltas antes del dictado de las sentencias aludidas

SR.

BARDELLI LARTIRIGOYEN



Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de abril de 2007

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Comunicado*

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, frente a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional N° 0006-2006-PC/TC, recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo–Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial, en defensa de la autonomía jurisdiccional y de la independencia de este Poder del Estado, expresa a la opinión pública del modo más enérgico lo siguiente:

1. Consecuente con su ineludible compromiso en la lucha contra la corrupción en el seno del Poder Judicial, oportunamente el órgano de Control de la Magistratura, en el ejercicio de su facultad disciplinaria y sus potestades de inspección, está llevando a cabo las acciones de control correspondientes para imponer la más drástica sanción a los jueces y vocales que, violando la Constitución y la Ley, permitieron el funcionamiento de algunos casinos en todo el país. A la vez, como no puede ser de otro modo, está en la obligación de respaldar –y lo hará cuando corresponda– a los magistrados judiciales que en los procesos referidos en esas materias han procedido en el correcto ejercicio de su potestad jurisdiccional, cuya conducta funcional debe ser reconocida y sus resoluciones deben merecer absoluto respeto y efectiva vigencia en un Estado Constitucional.

* Publicado en el diario *El Comercio*, el día lunes 22 de abril de 2007.

2. El reconocimiento de la jurisdicción constitucional y de los procesos constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, debidamente configurados en la Constitución y regulados en el Código Procesal Constitucional, en modo alguno convalida sentencias que desconozcan el petitorio planteado, autoriza la invocación a una inexistente e impropia relación de jerarquía entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, permite vulnerar la intangibilidad de la cosa juzgada, y, recurriendo a causales no previstas y vías procesales destinadas a canalizar otro tipo de pretensiones, faculta a declarar la nulidad de sentencias judiciales.
3. Eso es justamente lo que sucede con la sentencia antes citada. El Tribunal Constitucional, a propósito del indicado proceso competencial, procura imponer al Poder Judicial pautas sobre cómo juzgar y aplicar sus precedentes, lo que por cierto, y como es evidente, no configura un conflicto de competencias ni fue lo estrictamente demandado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Además, importa un pronunciamiento sin mayor posibilidad de descargo por el Poder Judicial o por los diferentes involucrados en las sentencias que venían cuestionándose, a la vez que sorprendentemente –cual si fuera su superior jerárquico– cursa órdenes (ni siquiera una improcedente exhortación), con evidente violación de la autonomía de la institución judicial, a la Oficina de Control de la Magistratura para que proceda a ejercer de determinada manera sus potestades disciplinarias, lo que por cierto ya había sido dispuesto por los propios órganos de gobierno y de control del Poder Judicial.
4. La sentencia del Tribunal Constitucional, inadmisibles en su esencia y contenido, intenta vanamente justificar su decisión en afirmaciones tan erradas como el de una supuesta relación de jerarquía –y no de competencia– entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Así, se arroga facultades que no tiene frente a fallos judiciales y deja de lado la intangibilidad de la cosa juzgada, pese a que la rescisión o nulidad de sentencias firmes sólo es posible en los casos y bajo los procedimientos expresamente establecidos, que por cierto no son los del proceso competencial ni lo autoriza el artículo 113° del Código Procesal Constitucional. Las decisiones cuestionadas por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo no son actos administrativos del Poder Judicial ni constituyen la expresión de sus facultades gubernativas, sino resoluciones dictadas por los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.
5. El Tribunal Constitucional, en el indicado fallo, procede en base a argumentos jurídicamente insostenibles a anular una serie de sentencias, incluyendo entre ellas, muy a despecho de lo que formalmente se señala, decisiones dictadas en procesos en los que no se ejerció control difuso ni se dejó de lado los precedentes vinculantes que invocó, con el agravante de actuar, en todos los casos, sin escudar ni siquiera a los directamente afectados, de suerte que se ha configurado situaciones de indefensión material que bien podría generar

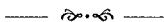
un cuestionamiento al Estado peruano ante el Sistema Interamericano de protección de derechos, con todo lo que ello puede acarrear.

6. Llamamos la atención ante lo que constituye una gravísima invasión de las competencias reservadas al Poder Judicial por el Tribunal Constitucional, hecho que lamentablemente no es nuevo y que con este último pronunciamiento toma ribetes inaceptables. La autonomía del Poder Judicial y la independencia del juez deben ser respetadas en todo momento, y corresponde a los órganos de gobierno del Poder Judicial mantenerlas incólumes. El Tribunal Constitucional debe circunscribirse a desempeñar las fundares y responsabilidad que la propia Constitución y las leyes le asignan, y no debe proyectar la equivocada idea que cualquier entidad pública crea que puede no acatar una resolución judicial si entiende que restringe sus competencias. La vigencia del Estado Constitucional en el Perú así lo exige.

Lima, abril de 2007.

DRA. MARÍA DEL CARMEN GALLARDO NEYRA

Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República



* Publicado en el diario *El Comercio*, el día martes 24 de abril de 2007.

**«DECLARACIÓN DE LIMA» DE LOS PRESIDENTES DE LAS CORTES
SUPERIORES DE JUSTICIA, DE 21 DE ABRIL DE 2007**

**Reunión de Presidentes de Cortes Superiores de Justicia de la República
«Declaración de Lima»***

Los señores Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, reunidos en la Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, con ocasión del Taller Central para la formulación del Presupuesto Institucional 2008, declaramos:

1. Respalda las acciones que viene efectuando el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctor Francisco Artemio Távora Córdoba, y la Sala Plena del Supremo Tribunal, respecto a las observaciones formuladas a la Ley de Carrera Judicial aprobada por el Congreso de la República, por lo que también solicitamos al señor Presidente Constitucional la observación de la misma y su devolución al Congreso, por presentar contenidos inconstitucionales.
2. Expresar nuestro desacuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el proceso competencial N° 006-2006-PC/TC incoada por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, al considerar que la misma conculca la autonomía del Poder Judicial, e independencia de los Magistrados de la República en el ejercicio de sus funciones; por lo que apoyamos el Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de Abril último.
3. Manifiestar nuestra solidaridad con las señoras Magistradas integrantes de la Primera Sala Penal Especial de Lima; y exhortamos a los demás poderes del Estado al respeto irrestricto a la independencia del Poder Judicial.
4. Apoyar al señor Presidente del Poder Judicial en todas las gestiones que viene realizando en defensa de la institucionalidad de este Poder del Estado, así como en las que viene realizando para mejorar su presupuesto.

Lima, 21 de abril del 2007.

Firmado por los señores Presidentes de las 29 Cortes Superiores de Justicia de la República

DIRECCIÓN DE IMAGEN Y PRENSA DEL PODER JUDICIAL

*Se terminó de imprimir, en los talleres
de Grández Gráficos S.A.C.
el mes de diciembre de 2007,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.:(511)531-4658*



ESTUDIOS

Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional

Juan Monroy Gálvez

Supremacía de la Constitución y de las interpretaciones del Tribunal Constitucional: límites y perspectivas a propósito de la sentencia recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo (Mincetur) contra el Poder Judicial

Jorge Santistevan de Noriega

¿Cosa juzgada constitucional?

Ernesto Blume Fortini

Análisis del conflicto de competencias del Poder Ejecutivo (Mincetur) con el Poder Judicial en el Tribunal Constitucional: ¿una relación de jerarquía?

Aníbal Quiroga León

El proceso competencial: ¿un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos? (Una crónica a propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC emitida por el Tribunal Constitucional)

José F. Palomino Manchego / Harold Castillo Veintimilla

¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Luis Castillo Córdova

Las tensiones entre la judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional: reflexiones a propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

La abolición de la cosa juzgada. A propósito de la sentencia Exp. N.º 006-2006-PC/TC

Roxana Jiménez Vargas-Machuca / Jaime David Abanto Torres

La normativa instrumental en el proceso competencial aplicado para revisar resoluciones judiciales inválidas

Luis Elguera Valega

ISBN 978-9972-224-68-3



9 789972 224683

