



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

¿ACTIVISMO EXTRALIMITADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?: A PROPÓSITO DE UN CASO DE VINCULACIÓN DE LOS JUECES A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luis Castillo-Córdova

Lima, 2007

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2007). ¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Jurídica del Perú*, (77), 19-45.

Castillo, L. (2007). ¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Palestra del Tribunal Constitucional: revista mensual de Jurisprudencia*, 2(4), 573-601.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

¿ACTIVISMO EXTRALIMITADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?: A
PROPÓSITO DE UN CASO DE VINCULACIÓN DE LOS JUECES A LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luis Castillo Córdova*

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 27153 y de la Ley 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.

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

* Investigador contratado doctor, Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña (España). Profesor de la Universidad de Piura (Perú).



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.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL EXAMINADO

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 118º, incisos 1 y 9, y 121º y 128º 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 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”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 Idem, 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 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 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”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 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009–2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014–2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052–2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”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 27153, y la que había establecido el precedente vinculante de aplicar la Ley 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

⁴ EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, citado, Fundamento 30.

⁵ Idem, Fundamento 31.



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.

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 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”⁸.

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

⁶ Idem, Fundamento 69.

⁷ Idem, Fundamento 34.

⁸ Idem, Fundamento 54.

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.

ALGUNOS PRESUPUESTOS DEL ANÁLISIS

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 (*Verfassungsliryk*), sino que se asume como una realidad que vincula –y obliga– efectivamente a sus destinatarios (el poder político y los

⁹ Cfr. apartado IV. 2 de este trabajo.

¹⁰ Cfr. apartado IV.3 de este trabajo.

¹¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, traducción de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, ps. 17–45.

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 65–80.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 13–20.



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 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

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, ps. 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, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 34.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 5ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, p. 300.

¹⁷ ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 35.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, ps. 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 ed., Karlsruhe, 1971, p. 16.

²⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Citado, 2003, ps. 101–102.

²¹ Para un breve estudio de éstas y otras condiciones para la constitucionalización de un ordenamiento jurídico cfr. GUATINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso Italiano”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 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 tal legislación se realice en armonía con ella misma

procedimiento 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.

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,

(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, ps. 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 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).



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.

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 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–.

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.), *Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956–2006. Estudios en homenaje a Héctor Fix–Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – Editorial Porrúa, en prensa.

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 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 CPConst., 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, porque será el juez quien defina –de ser el caso– la *ratio decidendi*

³² EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, de 10 de octubre de 2005, consideraciones previas.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005, Fundamento 42.

³⁶ Idem, 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 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”.



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.

CRÍTICA A LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

¿Inexistencia de cosa juzgada?

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

MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid 2001, ps. 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.

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 139º, 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. 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.

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

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, 2ª edición, Palestra, Lima 2006, ps. 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 *Idem*, p. 344.

⁴³ EXP. N.º 0379–1997–AA/TC, de 22 de julio de 1999, Fundamento 6.



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

⁴⁴ EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, citado, Fundamento 23.

(artículo 110 CPConst.) para activar la vía procesal competencial. Por tanto, hay que concluir que el Tribunal Constitucional 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 0006–2006–PC/TC.

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.

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–

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.



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.

¿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 27153 ni respecto de la Ley 27796, como a continuación se argumentará.

Respecto de la Ley 27153

En lo que respecta a la Ley 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 27153, sino sólo contra algunos de ellos⁴⁶. De modo que cuando el 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 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

⁴⁶ En concreto se dirigió “contra los artículos 5º, 6º, 7º, 10º, literales “b” y “c”, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 25º, literal “d”, 29º, 31º, literal “a”, 32º, literales “a” y “b”, 38º, 39º, 41.2º, 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.

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 VI CPConst⁴⁸. 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 27153 en referencia a los artículos 59 (referido al rol del Estado en materia económica), 61 (la libre competencia como 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 27153 e inaplicarlos en un caso concreto argumentando la vulneración de los artículos 59, 61 y 72 CP. Si lo hiciesen agredirían no sólo el segundo párrafo del artículo VI CPConst., 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 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición Transitoria [de la Ley 27153] y, por conexidad, el artículo 1º 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 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.

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.

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 7º de la Ley N.º. 27153 sean inconstitucionales por afectar los artículos 59º, 61º y 72º 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.



Respecto de la Ley 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 27153 y no la Ley 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 CPConst., se ha producido sobre algunos artículos de la Ley 27153 en su texto originario y no sobre su texto modificado por la Ley 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 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 27796 (y de la Ley 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 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 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 Reglamento 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 27796 modifica el artículo 7.1 de la Ley 2715, 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 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 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.

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 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 27153 como de la Ley 27796. Segunda, los jueces podían examinar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 que no fueron confirmados en su 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 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

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.



por el Tribunal Constitucional hubiesen concurrido los siguientes dos elementos. Primero, si es que han inaplicado los preceptos de la Ley 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 27796 en aquellos preceptos que no modifiquen sustancialmente la Ley 27153. Respecto de los demás preceptos de la Ley 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 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 27153 (y su modificatoria Ley 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 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 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.

⁵² EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, citado, parte final del punto 1 del fallo.

¿Inobservancia del precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional?

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 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

“al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, 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 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.

⁵³ EXP. N.º 4227-2005-PA/TC, citado, Fundamento 43. La cursiva de la letra es añadida.



Las razones

Pero volvamos a las razones que pueden presentarse para afirmar que los mencionados preceptos de la Ley 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 anteriormente– 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 inaplicable 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 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 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 27796 no ha sido evaluada en abstracto, sino en referencia a las circunstancias concretas de Royal

⁵⁴ Idem, Fundamento 13. La cursiva de la letra es añadida.

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 autómatas el artículo 17 de la Ley 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 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 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 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 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 arribó 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*.

⁵⁵ Idem, Fundamento 14.

⁵⁶ EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, citado, consideraciones previas.



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 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 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 CConst. 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 27796 para los concretos casos futuros. El juez ha mantenido plenamente la facultad de revisar la constitucionalidad 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-AA/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 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 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 general⁵⁷, 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.

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 27796.

CONCLUSIONES FINALES

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 27153 que no 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 27796. Ambas bases

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem. La cursiva de la letra es añadida.

⁶⁰ Recuérdese que es con el Código Procesal Constitucional de diciembre de 2004 que se introdujo esta figura.



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 27153 o alguno de los mencionados artículos de la Ley 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.

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.

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 27153 y la Ley 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 27153 y la Ley 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.

A MODO DE EPÍLOGO: EL ACTIVISMO DE UN SUPER 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 27153 o de la Ley 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

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, ps. 31–45; y “El proceso de



impresión de que el Tribunal Constitucional se autoconcibe como un super Tribunal con super poderes que está llamado no sólo –y que no es poca cosa– a ocuparse de velar porque la Constitución rijan 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 Derecho (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.

Se entiende así perfectamente que esta autoconcepción halla llevado al impenitente Tribunal Constitucional a un activismo desmedido y no exento de reproches⁶⁶, so pretexto

selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 100, enero 2007, ps. 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.

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 transcripción 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”. GRÁNDEZ 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).

⁶⁶ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia, “Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 96, septiembre 2006, ps. 75–90.

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 infraconstitucionalización (*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.

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 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*.

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 “[e]l 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, ps. 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, ps. 135–136.

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*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005, p. 285.

