



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LAS POSIBLES INJUSTICIAS QUE GENERA LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DEL “PROSPECTIVE OVERRULING”

Luis Castillo-Córdova

Perú, junio de 2009

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LAS POSIBLES INJUSTICIAS QUE GENERA LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA
PROSPECTIVE OVERRULING

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Una de las principales cuestiones, si acaso la más importante, que trae consigo la sentencia al EXP. N.º 01412-2007-PA/TC está referida a la aplicación de la técnica del *prospective overruling*. Precisamente el análisis de esta figura es la que ocupará las páginas de este comentario jurisprudencial en su mayor parte. De la mano de ella se examinará el significado de esta técnica, sus bases dogmáticas, así como las razones para aprobar o desaprobado su aplicación en la sentencia al EXP. N.º 3361-2004-AA/TC. La segunda gran cuestión que aquí se intentará resolver, aunque con base en análisis más breve, es el referido al significado que en la primera de las sentencias antes mencionadas, debe recibir la obligación de “regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión” como consecuencia de haberse declarado fundada la demanda constitucional. Sin embargo, antes de abordar el estudio de cada una de estas cuestiones se hace necesario recorrer brevemente los antecedentes de la sentencia constitucional antes referida.

UNA NECESARIA REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES

La pregunta

En el artículo 154.2 CP se ha establecido como una función de la academia de la magistratura el “[r]atificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias”. Una de las cuestiones –no la única– que se formulan con base en este dispositivo constitucional es la siguiente: admitido que el derecho fundamental al debido proceso no es de exclusiva aplicación en los procesos judiciales, sino que se extiende también a otras realidades procesales y entre ellas al procedimiento administrativo, y admitido también que la ratificación al que se someten jueces y fiscales por mandato constitucional da origen a un proceso, ¿cabe predicar y exigir del proceso administrativo ratificatorio de jueces y fiscales las garantías propias del debido proceso, y entre ellas, la garantía de motivación adecuada y suficiente de las decisiones?

La inicial respuesta a la pregunta

Inicialmente el TC respondió negativamente la pregunta formulada. Su justificación la dio en tres pasos. El primero fue afirmar que la no ratificación no tenía una naturaleza sancionadora. Así dijo el TC:

“el proceso de ratificación no tiene por finalidad pronunciarse sobre actos u omisiones antijurídicas que pudiera haber cometido el recurrente y que, en esa medida, la validez de la decisión final dependa del respeto del derecho de defensa. La decisión de no ratificar a un magistrado en el cargo que venía desempeñando no constituye una sanción disciplinaria; al

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.



respecto, es dable consignar que la sanción, por su propia naturaleza, comprenda la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico”¹.

El segundo paso fue darle a la ratificación la condición de revalidación de la confianza inicialmente depositada en el juez o fiscal con su nombramiento. Estableció el TC que

“la no ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo para el que se le nombró durante los siete años”².

El tercer paso fue consecuencia necesaria del segundo: si se trata de renovar o no la confianza, no hay necesidad de justificar la decisión pues ésta será emitida sólo como una decisión de conciencia. Así,

“Dicha expresión de voto es consecuencia de una apreciación personal de conciencia, objetivizada por la suma de votos favorables o desfavorables que emitan los consejeros con reserva”³. [De modo que] “la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada”⁴.

La posterior respuesta a la pregunta: EXP. N.º 3361–2004–AA/TC

El cambio jurisprudencial

Sin embargo, esta inicial respuesta fue luego modificada por el TC. Lo hizo en la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC. Con base en la aprobación del Código Procesal Constitucional, de cuyo artículo 5.7 se podía concluir la procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones definitivas del CNM cuando son inmotivadas o cuando hayan sido expedidas sin audiencia del interesado; y la modificación del Reglamento de Evaluación y Ratificaciones (Resolución N.º 1019–2005–CNM); el TC concluye que “es palmaria la necesidad de reformar la jurisprudencia de este colegiado sobre la materia, a efectos de hacerla compatible con el nuevo marco normativo que regula las ratificaciones”⁵.

Tal reforma jurisprudencial se produjo en el sentido de exigir al CNM la correspondiente motivación de sus decisiones referidas de la ratificación o no ratificación de los jueces y fiscales. También varios pasos pueden verificarse en la justificación de este cambio. El primero es que debido precisamente a que en los artículos 20 y 21 del (nuevo) Reglamento de evaluación y ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, se recogen una serie de criterios objetivos sobre los cuales recaerá la evaluación que realice el CNM, la decisión no puede ser meramente subjetiva sino que exige de un importante elementos objetivo. Así dijo el TC:

“lo que se requiere, a partir de ahora, es una decisión con un alto componente objetivo. El consejero ya no puede determinar, a su libre

¹ EXP. N.º 1941–2002–AA/TC, del 27 de enero del 2003, F. J. 13.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ *Idem*, F. J. 20.

⁵ EXP. N.º 3361–2004–AA/TC, del 12 de agosto del 2005, F. J. 4.

albedrío, qué juez o fiscal no continúa en el cargo, sino que, para hacerlo, deberá basarse en los parámetros de evaluación antes señalados”⁶.

El segundo paso es que al exigirse una decisión con base en elementos objetivos, el CNM deberá motivar sus resoluciones. De esta manera,

“los datos objetivos que ahora se exigen a los consejeros imprimen al proceso de evaluación de magistrados un mejor margen para la motivación de sus resoluciones, lo que guarda coherencia con el respeto de los derechos fundamentales de los sometidos a la ratificación”⁷.

Este cambio de criterio jurisprudencial fue dispuesto como precedente vinculante, aún sin disponer regla sustancial o formal alguna como hace el TC actualmente. Declaró el TC que

“tienen fuerza vinculante los argumentos vertidos respecto (...) al nuevo carácter de la evaluación y ratificación de los jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público (fundamentos 17 a 20)”⁸.

El prospective overruling

Sin embargo, este cambio jurisprudencial trajo una expresa referencia en cuanto a su aplicación temporal: se aplicará hacia el futuro desde “la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*”⁹. Esto quiso decir que el CNM no estaba obligada a motivar sus resoluciones antes del 31 de diciembre del 2005, aún cuando la sentencia que estableció el cambio jurisprudencial fue fechada con el 12 de agosto de 2005. Consecuentemente, antes de la primera de las mencionadas fechas, ningún juez o fiscal no ratificado por el CNM mediante una decisión inmotivada, tenía ganada la posición iusfundamental de reclamar vía amparo constitucional el respeto de su derecho al debido proceso en su garantía de motivación de resoluciones. Fue claro el TC al mencionar que

“[e]ste Tribunal, consciente de la necesidad imprescindible del cambio que debe efectuarse a la jurisprudencia anterior con relación a los procesos de evaluación y ratificación de magistrados llevados a cabo por el CNM, considera que, en el presente caso, la técnica del *prospective overruling* es la que debe ser adoptada. En consecuencia, debe anunciar que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse como precedente vinculante conforme al artículo VII del Título Preliminar del CPC, tanto a nivel judicial como también por el propio CNM. Es decir, en los futuros procedimientos de evaluación y ratificación, el CNM debe utilizar las nuevas reglas que se desarrollarán en la presente sentencia”¹⁰.

⁶ Idem., F. J. 19.

⁷ Idem., F. J. 20.

⁸ Idem., punto 2 del fallo.

⁹ Idem., F. J. 8.

¹⁰ Idem., F. J. 7.



Esta vigencia temporal diferida del cambio jurisprudencial fue establecida también como precedente vinculante. Dijo el TC en el fallo respectivo, que

“Se declara que tienen fuerza vinculante los argumentos vertidos respecto a la aplicación de los criterios establecidos en la presente sentencia a los casos futuros (fundamentos 7 y 8)”¹¹.

La actual respuesta a la pregunta: EXP. N.º 01412-2007-PA/TC

La sentencia al EXP. N.º 01412-2007-PA/TC mantiene la respuesta a la pregunta antes formulada, de modo que sigue siendo constitucionalmente exigido que el CNM motive sus decisiones concernientes a la ratificación o no de los jueces y fiscales. Sin embargo, deja sin efecto la eficacia temporal diferida que la sentencia mencionada en el apartado anterior había dispuesto para el cambio jurisprudencial. La consecuencia inmediata y necesaria de dejar sin efecto este precedente vinculante es disponer que el CNM siempre tuvo la obligación de motivar sus decisiones referidas a la ratificación o no de los jueces y fiscales, de modo que todos aquellos casos –independientemente de cuando se hubiesen producido– en los que el CNM no motivo su decisión podían ser cuestionados a través de un amparo constitucional por el juez o fiscal afectado, en la medida que tal omisión significaba una violación del debido proceso en la parte de la garantía de motivación de las decisiones judiciales. Es precisamente sobre este cambio del precedente vinculante que se pasan a formular el análisis jurisprudencial siguiente.

ANÁLISIS DEL *PROSPECTIVE OVERRULING*

La decisión de la mayoría

La mayoría de los magistrados del TC en la sentencia que ahora se comenta han decidido dejar sin efecto el precedente vinculante en el que se establecía la postergación de la vigencia del cambio jurisprudencial antes referido. Y lo ha hecho con base en una serie de razones. La primera es que tal postergación vulneraba el derecho de igualdad. Así, tienen dicho que tal postergación

“ha generado una distinción allí donde la ley no la ha formulado y ha traído como consecuencia un trato diferenciado en la aplicación de la ley, generando de este modo una afectación al derecho a la igualdad de aquellos magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones inmotivadas”¹².

La segunda razón es que el empleo de la técnica del *prospective overruling* en el caso de los jueces y fiscales no ratificados, se ha convertido en una técnica que impide el pleno ejercicio y protección de los derechos fundamentales. A su decir,

“si bien reconocemos que esta técnica constituye un verdadero avance en el desarrollo jurídico por su firme contribución a la unificación jurisprudencial, no es menos cierto que su aplicación no debe estar

¹¹ Idem., punto 2 del fallo.

¹² EXP. N.º 01412-2007-PA/TC, del 11 de febrero del 2009, F. J. 16.

orientada a constituirse en un elemento que imposibilite una efectiva protección y tutela de los derechos fundamentales”¹³.

La tercera razón se encuentra en la mayor connotación que la decisión de cambio adquiere desde lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la solución amistosa a la que arribó el Estado peruano con un grupo de magistrados no ratificados con anterioridad al 31 de diciembre del 2006. A su entender,

“la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que existe vulneración a los derechos fundamentales de las personas que no fueron ratificadas en sus cargos de magistrados sin motivación alguna. Consecuentemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos requirió al Consejo Nacional de la Magistratura de nuestro país que rehabilite el título correspondiente a los jueces y fiscales que acudieron ante ella, y en la medida de ello se los reponga en el cargo de magistrados que ostentaban hasta antes de la no ratificación”¹⁴.

El parecer de la minoría

Los magistrados Landa y Beaumont han emitido un voto singular conjunto a la decisión de la mayoría. Como viene siendo una constante últimamente, los mencionados magistrados están en radical desacuerdo con la decisión de la mayoría y con cada una de las tres razones en las que ésta sustenta su parecer. Así, en lo que respecta a la denunciada violación del derecho a la igualdad, la mayoría no sólo afirma que no hay tal violación, sino que además advierte que es precisamente la mayoría la que vulnera tal derecho al apartarse de la postergación de la aplicación del precedente que obliga al CNM a motivar sus decisiones. En efecto, manifiestan que

“no es inconstitucional que se otorgue un trato diferenciado –lo que sí sería si se diese un trato discriminatorio–; de ahí que la afirmación de una supuesta vulneración del derecho a la igualdad de los magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones ‘inmotivadas’, requiere de la aplicación del *test de igualdad* a fin de determinar si hubo o no violación del principio–derecho a la igualdad”¹⁵.

Por el contrario, a decir de la minoría,

“es justamente la sentencia de la mayoría la que podría tener algún viso de discriminación, puesto que la variación del precedente se aplicaría a poquísimos casos; sólo tales recurrentes se beneficiarían con una aplicación inmediata de la sentencia, a diferencia de los múltiples casos que han sido resueltos desde el 2005, año en que se emitió el precedente vinculante”¹⁶.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Idem.*, F. J. 17.

¹⁵ *Idem.*, voto de la minoría, F. J. 8.

¹⁶ *Idem.*, F. J. 9.



De igual forma, en lo que respecta a la denuncia de la mayoría de que el *prospective overruling* está impidiendo una efectiva protección de los derechos fundamentales, no tendría asidero debido a que

“la utilización de tal técnica siempre conlleva una protección diferenciada, lo cual no es inconstitucional, y lo que hace es que por criterios objetivos y razonables se decide diferir los efectos en el tiempo de una determinada sentencia en base a un principio de seguridad jurídica, con la consecuente restricción, no anulación, en los beneficios de la tutela subjetiva del derecho fundamental del accionante. Esto fue justamente lo que sucedió con el precedente en mención con relación a la ratificación de magistrados”¹⁷.

Y en referencia a la tercera razón, la minoría es del parecer que

“la alusión, en la sentencia de la mayoría, a la relación entre la jurisprudencia constitucional y la internacional no es coherente con la STC 05854-2005-AA/TC (FJ 22 y ss.), además de impertinente, pues los efectos de la solución amistosa de un Estado y la Comisión Interamericana no se equiparan a los de una sentencia de la CorteIDH. Es inadecuado, pues, que la mayoría considere, cual mandato judicial, que la Comisión haya “ordenado” al Estado peruano o al CNM o que existe un mandato de la Comisión, pues ésta carece de tales atribuciones. Más aún, la invocación a dicho acuerdo de solución amistosa es bastante forzado si se considera que el demandante, tal como se aprecia en el expediente, no se encuentra comprendido en dicho acuerdo”¹⁸.

Mi opinión

Sobre el *prospective overruling*

La finalidad, contenido y bases del *prospective overruling*

Tanto la mayoría como la minoría dan razones ya sea para justificar la aplicación como para justificar la derogación de la técnica del *prospective overruling* al cambio jurisprudencial por el cual se obligaba al CNM a motivar sus resoluciones sobre ratificación de jueces y fiscales. No parece conveniente entrar a analizar la corrección argumentativa y constitucional de unas y otras sin antes saber al menos lo básico de la referida técnica. Por eso se hace necesario abrir un apartado en el que se planteen los elementos básicos de su marco general.

En la medida que sólo la persona humana es un absoluto en tanto que es un fin en sí misma, todas las demás realidades que son creación de ésta se definen a partir de su finalidad. Es así que conviene preguntarse por la finalidad de la técnica del *prospective overruling*. Cuando un Tribunal de justicia con capacidad de crear precedentes toma la decisión de cambiar de precedente, surge un problema sumamente serio: el valor jurídico de las decisiones y de las relaciones jurídicas adoptadas con base en el precedente original. El

¹⁷ Idem., F. J. 6.

¹⁸ Idem., F. J. 3.

problema se plantea debido a que el Juez no es Legislador. Si el Juez fuese Legislador sus decisiones –como regla general– no podrán tener efectos retroactivos, sino que la decisión se aplicará siempre a los supuestos de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma. Excepcionalmente los efectos de la Ley pueden ser retroactivos, en los casos que la norma constitucional lo haya previsto¹⁹.

Sin embargo, las decisiones judiciales aunque en algunos casos pueden ser prospectivas, son esencialmente retroactivas²⁰. En efecto, es esencial a una sentencia el resolver una controversia jurídica ocurrida con anterioridad a la decisión judicial misma²¹. Cuando judicialmente se ha creado una regla que resuelve el caso, esa regla resulta siendo aplicada a un caso que ha preexistido a la regla misma. De igual forma, todos los casos sustancialmente iguales ocurridos antes de haber sido producida esa regla jurídica, serán también resueltos con base en ella, es decir, con efectos retroactivos. Sin duda que esa misma regla se aplicará para dar solución a las controversias sustancialmente iguales que surjan en el futuro, aunque es previsible que precisamente al establecerse la regla de solución, se evite la configuración de iguales controversias jurídicas, reduciéndose notablemente el número de casos que ocurran luego de la dación de la mencionada regla²².

Esta situación origina el problema siguiente, en referencia a los precedentes (P): si P_1 es un precedente a cuyo amparo han surgido una serie de relaciones jurídicas y se han tomado una serie de decisiones judiciales en protección de esas relaciones jurídicas; y si pasado un tiempo P_2 es emitido en reemplazo de P_1 ; entonces, ¿ P_2 se aplica a las relaciones jurídicas y a las decisiones judiciales adoptadas durante la vigencia de P_1 ? Como se dirá más adelante, una de las razones que se han mencionado para justificar la no retroactividad de P_2 es la seguridad jurídica. En este contexto, el *prospective overruling* surge para evitar en la mayor medida posible las injusticias de no ajustarse a las exigencias básicas de la seguridad jurídica, por eso su contenido es el siguiente: todo cambio jurisprudencial se aplicará sólo a los casos ocurridos con posterioridad al mismo, el cambio jurisprudencial no se aplicará ni tan siquiera al caso respecto del cual ha sido formulado. Si tal es su finalidad y su formulación es la mencionada, entonces es posible concluir que dos son al menos las bases dogmáticas que permiten formular y exigir la aplicación de la técnica del *prospective overruling*. Una es la afirmación de que el Juez crea el derecho; y la segunda es que toda aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial vulnera la seguridad jurídica.

El Juez como creador de derecho

La cuestión de la retroactividad o no de P_2 se plantea especialmente álgida cuando su formulación y justificación pone de manifiesto que P_1 contenía un error que había dado

¹⁹ Normalmente la restroactividad es permitida en materia penal, como ocurre en el caso peruano (artículo 103 CP).

²⁰ De ahí que su aplicación retroactiva se defina entre una retroactividad plena y otra limitada. Cfr. DUMET DELFÍN, David, “Overruling o revocación de precedente vinculante por el Tribunal Constitucional”, en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Volumen 6 – 2005, p. 293.

²¹ Cfr. National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants). [2005] UKHL 41, fundamento 4.

²² Así, una vez que el TC estableció la regla según la cual el CNM debía motivar las resoluciones de no ratificación, el CNM ha ido acomodando su actuación a tal regla, de modo que los casos inconstitucionales (no motivación de las decisiones), fueron desapareciendo.



origen a una decisión injusta o irrazonable cuando no abiertamente inconstitucional. En este marco es posible sostener que ninguna de las mencionadas dos bases son absolutas, no al menos para el supuesto álgido, de manera que no está constitucionalmente justificada la aplicación absoluta de la técnica del *prospective overruling*. En este apartado se analizará el carácter relativo de la primera base dogmática, y el análisis del segundo se abordará en el apartado siguiente.

Es pacífica la afirmación de que el Juez del constitucionalismo es un juez que crea derecho, incluso derecho constitucional. No obstante no es posible sostener la equiparación del Juez con el Parlamento como agentes creadores de derecho y en particular de derecho constitucional. Hacerlo no sólo sería una inaceptable extralimitación, sino que además rompería la constitucionalmente establecida distribución del poder público. Y no son equiparables principalmente porque el Legislador puede crear derecho *ex novo*, mientras que la labor creadora del Juez necesariamente supone la previa existencia del derecho, en la medida que su labor creadora tiene como significado el perfeccionamiento y adaptación del derecho a una realidad que es esencialmente cambiante, incluso para llenar las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico.

No obstante, esta separación se reduce notablemente cuando el Juez es el TC, y la creación ocurre sobre la Constitución, lo que nos coloca inmediatamente sobre el concepto de ésta. Además de los principios que configuran el significado de la Constitución²³, sirve a nuestro propósito la consideración de la Constitución como un marco²⁴ que decide cuestiones fundamentales²⁵, antes que como orden fundamental del que brotan todas las respuestas a las distintas cuestiones jurídicas (y no jurídicas) y siempre como única respuesta constitucionalmente correcta y por ello constitucionalmente válida²⁶. Que la Constitución es un marco significa que habrá cosas ordenadas, prohibidas o permitidas. Las dos primeras conforman los contornos del marco, y la última su interior. Respecto de los contornos del marco sólo es posible una determinada respuesta constitucionalmente válida: hacer lo ordenado y no hacer lo prohibido. Si no se hiciese lo ordenado o se hiciese lo prohibido, la acción que así lo dispusiera sería inconstitucional. Por el contrario, respecto del interior del marco, es posible más de una interpretación constitucionalmente correcta debido a que lo permitido supone dar validez constitucional tanto a la realización como a la no realización de lo permitido, y para su definición dependerá de quien sea el primer llamado a decidirlo, si el Legislador o el TC como Supremo intérprete de la Constitución²⁷.

Cuando el TC realiza su labor de creación del derecho lo hace concretando el precepto constitucional abierto. Las disposiciones constitucionales abiertas normalmente se presentan bajo la modalidad de principio antes que de regla, ya sea para definir el contorno

²³ Principios constitucionales como el principio de normatividad y el principio de unidad.

²⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, ob. cit., p. 137.

²⁵ ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes muebles de España, Madrid, 2004, p. 31.

²⁶ FORTSHOFF, Ernst, *El estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242.

²⁷ Obviamente, sin que esto signifique que la actuación primera de uno vede a la actuación posterior del otro, ya que el TC puede evaluar la constitucionalidad de la ley, incluso eliminarla si concluye que ha establecido algo que no se condice con ninguna de las respuestas constitucionalmente correctas; y ya que el Legislador puede desarrollar legislativamente un precepto según la previa interpretación del TC.

del marco como para definir su interior. Por ejemplo, si bien la Constitución ha establecido que está ordenado el respeto de la libertad de información sin impedimento alguno (artículo 2.4 CP), el TC ha concretado este mandato constitucional al disponer que está constitucionalmente permitida la emisión de información insultante o íntima de las personas, pues para enfrentarlas existen mecanismos judiciales reparadores²⁸. Esta concreción ha supuesto la creación de una regla de rango constitucional según la cual no es posible detener la difusión de ninguna información, sea cual fuese su contenido. Sin embargo, cuando se trata de una regla la actividad creadora de derecho constitucional desaparece en la medida que los casos a los que se aplique la regla sólo podrán ser resueltos según el contenido de la regla. Por ejemplo, el TC no podrá decidir que los jueces no ratificados sí pueden reingresar al Poder Judicial cuando la Constitución ha dicho que no pueden reingresar (artículo 154.2 CP)²⁹; o que es el trabajador el que decide cuál es la adecuada protección contra el despido arbitrario, cuando la Constitución ha ordenado que lo haga el Legislador (artículo 18 CP)³⁰.

Pues bien, cuando el TC decide, y además como precedente vinculante (P_1), una regla que no es admitida como constitucionalmente correcta por la o las disposiciones constitucionales (principios constitucionales) concretadas, o cuando se opone frontalmente a una regla constitucionalmente prevista, y tiempo después decide como precedente vinculante (P_2) una regla que se opone a la primera y que contiene una interpretación acorde al marco constitucional, lo que en estricto está aconteciendo es la rectificación de una decisión que contravenía la constitucionalidad vigente. Y esto es consecuencia necesaria de admitir que el TC crea derecho constitucional al concretar la Constitución, y a la vez admitir que el límite de su actividad creadora es la Constitución misma, en la medida que el TC sujeta su actuación al mandato constitucional³¹.

Por ejemplo, en los supuestos mencionados en el párrafo anterior, si fuese el caso que en el futuro el TC peruano decidiese que no toda información es pasible de ser difundida, de modo que aquella que es manifiestamente insultante o versa sobre asuntos íntimos de las personas, y decide como constitucional el examen judicial previo de la información (P_2), no

²⁸ Así lo dispuso en la sentencia al EXP. N.º 0905–2001–AA/TC, del 14 de agosto del 2002. Tengo analizada y criticada este modo de entender las cosas en “Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información”, en *Las libertades de expresión e información*, Palestra, Lima 2006, ps. 83–135.

²⁹ Sin embargo, el TC ha decidido –y además como precedente vinculante–, que los jueces y fiscales no ratificados sí puedan reingresar a la magistratura (EXP. N.º 1333–2006–PA/TC, de 8 de enero de 2006, F. J. 25). Tengo analizada y criticada esta sentencia en “El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial”, en *Jus Jurisprudencia*, número 1, junio 2007, ps. 275–308.

³⁰ Sin embargo, el TC ha decidido que sea el trabajador y no el legislador el que en definitiva decida cuál es la adecuada protección contra el despido arbitrario. Así lo ha establecido en la sentencia al EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, F. J. 12. Tengo analizada y criticada esta sentencia en “Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 89, febrero 2006, ps. 39–52.

³¹ Se ha de insistir en el hecho de que si el TC no tuviese como límite de su actividad creadora de derecho constitucional a la Constitución misma, entonces toda regla que dispusiera necesariamente sería (materialmente) constitucional. Él crearía derecho constitucional ex novo, y si su creación se opusiese al texto constitucional, lo que habría acontecido sería una reforma constitucional. Sin embargo, la labor del TC puede contravenir la Constitución y ser, al menos materialmente inconstitucional, precisamente porque su jurisdicción es constituida y no constituyente. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 71 y ss.



significará que con la aprobación de P_2 se crea recién la regla por la cual se prohíbe la difusión de información que vulnere el honor o la intimidad, sino que esa prohibición ya existía desde la aprobación de la Constitución misma, que es anterior a la dación de P_1 y de P_2 y que toda ella se muestra como un límite de la actividad del TC. Por poner otro ejemplo, si fuese el caso que en el futuro el TC estableciese que los jueces y fiscales no pueden reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público ya que está constitucionalmente exigido interpretar el artículo 154.3 CP que los magistrados destituidos tampoco puedan reingresar a la magistratura³² (P_2), no significará que la regla por la cual los jueces y fiscales no pueden regresar a la actividad jurisdiccional fue creada recién con P_2 , sino que ella ya existía antes con la entrada en vigencia de la Constitución.

Si la respuesta constitucionalmente correcta ya existía antes de la dación de P_1 y lo que hace P_2 es corregir la inconstitucionalidad de P_1 , entonces, nada lo que se construyó sobre P_1 debería tener validez jurídica. Y ello porque, en palabras de Sir William BLACKSTONE, “[s]i se prueba que una decisión anterior es manifiestamente injusta o absurda, no se declara que tal sentencia era mala jurídicamente, sino que no era el derecho”³³. Si P_1 no es una sentencia jurídicamente mala sino que no decía el derecho, entonces las relaciones jurídicas ahí creadas o las decisiones judiciales con base en ella tomadas, se han formulado sobre la base de algo que no era el derecho y, por tanto, serían –deberían serlo– jurídicamente nulas. Con base en este razonamiento, entonces, quedaba plenamente justificada la revisión tanto de las relaciones jurídicas acontecidas con anterioridad o al amparo de P_1 .

La seguridad jurídica como límite a la aplicación retroactiva

No es posible negar que cuando el TC como Supremo intérprete de la Constitución establece una determinada concreción constitucional y además como precedente vinculante, está creando una norma constitucional adscrita al precepto interpretado. Esa norma –regla jurídica– constitucional es tomada como constitucionalmente válida ante la imposibilidad de ser cuestionada en su validez jurídica por provenir del máximo intérprete constitucional. Consecuentemente, con base en ella la población empezará a generar una serie de relaciones jurídicas y los juzgados inferiores –y en general todo operador jurídico público o privado– a tomar decisiones. Entrañaría la agresión de esenciales elementos de justicia si se decidiese que ninguna de las relaciones jurídicas y de las decisiones jurisdiccionales tuviese validez

³² Como ya tuve ocasión de decir, “[e]l artículo 154.2 CP utiliza un enunciado deóntico de prohibición para formular la consecuencia de la no ratificación: está prohibido el reingreso al Poder Judicial y al Ministerio Público de los jueces y fiscales no ratificados. Por su parte el artículo 154.3 CP no utiliza ningún enunciado deóntico sobre la prohibición o no de reingreso de los jueces y fiscales sancionados con la destitución en un proceso disciplinario. Si el asunto se examinase sólo desde el artículo 154.3 CP, habría que reconocer que el Constituyente ni ha prohibido ni ha permitido el reingreso de los jueces y fiscales destituidos, de modo que tanto una cosa como la otra serían constitucionalmente válidas. Sin embargo, una interpretación sistemática de este dispositivo con el artículo 154.2 e incluso con el artículo 2.2 CP, interpretación que debe perseguir una significación coherente y unitaria de todo el texto constitucional, lleva a advertir que si bien desde el artículo 154.3 CP es posible tanto la prohibición como la permisón de reingreso de los jueces y fiscales destituidos en un proceso disciplinario, la exigencia del principio de igualdad del artículo 2.2 CP sólo lleva a admitir como constitucionalmente válida la prohibición de reingreso. De esta forma la *interpretación adecuada* es la siguiente: mandado que ésta la prohibición de tratos discriminatorios, y habiéndose dispuesto expresamente [en el artículo 154.2 CP] que los jueces y fiscales no ratificados no pueden reingresar a la carrera judicial, no puede interpretarse el artículo 154.3 como si permitiese el reingreso de los magistrados destituidos fruto de un proceso disciplinario, sino que ha de interpretarse como si estuviese prohibido un tal reingreso. “El proceso de ratificación ...”, ob. cit., p. 303.

³³ BLAKSTONE, Sir William, “Commentaries on the Laws of England”, 15th ed., printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, London, 1809, Libro Primero, ps. 68–69.

debido a que se han formulado respecto de una regla jurídica que dispuesta por quien tenía competencia para ello, lo ha hecho de espaldas a la Constitución.

Precisamente el bien jurídico constitucional seguridad jurídica demanda que ninguna relación jurídica que surja de la buena fe de los actores, y ninguna decisión judicial que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, pueda verse afectada por la dación de una regla jurídica posterior y contraria a la que permitió la relación y decisión jurídica. En este sentido, la confianza de la ciudadanía no sólo hacia la Ley sino también hacia la jurisprudencia para con base en ella formular sus diferentes actuaciones, no debe verse defraudada al menos no inútilmente. Así, el contenido constitucionalmente protegido de la seguridad jurídica no exige la proscripción de la retroactividad, en la medida que, lo mismo que los derechos fundamentales, no existen bienes jurídico-constitucionales de contenido ilimitado, sino que precisamente por exigencias del principio de unidad de la Constitución –y al igual que los derechos fundamentales– los bienes jurídicos constitucionales tienen también un contenido limitado que se ha de delimitar en las concretas circunstancias del caso particular. Consecuentemente, el contenido constitucionalmente protegido de la seguridad jurídica no prescribe la aplicación de la técnica del *prospective overruling* tal y como fue formulada anteriormente. Es decir, la seguridad jurídica no demanda necesariamente la aplicación prospectiva del nuevo criterio jurisprudencial. De esta forma se relativiza la seguridad jurídica como justificación de una aplicación absoluta del *prospective overruling*. De modo que la cuestión se desplaza a determinar en cuáles casos es aplicable y en cuales no.

Matización del *prospective overruling*

La solución de la cuestión planteada al final del apartado anterior tiene que ver con el juicio prudencial del TC a la hora de recoger el cambio jurisprudencial y con él su aplicación temporal en el tiempo. No es posible dar una respuesta general y a priori válida para siempre y para todos los casos. Sirve, no obstante, los criterios de hermenéutica que ayudan a definir cuál pretensión cae dentro y cual fuera del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, pues, en definitiva, se trata de una misma lógica interpretativa: saber cuando la pretensión de aplicación del *prospective overruling* cae dentro del ámbito constitucional del bien jurídico seguridad jurídica³⁴. De la relativización de las dos bases dogmáticas de la técnica del *prospective overruling*, es obligado concluir que el contenido constitucionalmente protegido de la seguridad jurídica no siempre reclama la aplicación de la mencionada técnica en cada cambio de precedente vinculante. Sólo estará justificado en aquellos casos en los que la aplicación retroactiva genere situaciones de injusticia.

Para comprobar no sólo la posibilidad sino también la viabilidad y hasta la exigencia de esta matización, es necesario echar un vistazo rápido a los dos sistemas más emblemáticos del *common law*: el sistema del Reino Unido y el sistema Norteamericano. En el primero de los mencionados sistemas nunca fue aplicada la técnica del *prospective overruling*, aunque

³⁴ Es así que acierta plenamente Eduardo Soderó cuando, en relación a la problemática de aplicación del *prospective overruling*, manifestó que “ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir en que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*”. SODERO, Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 21, octubre 2004, p. 250.



se conoció y fue propuesta su incorporación³⁵. Tal técnica suele tomar significado en el cambio de precedentes, y mediante ella se permite al juez mantener el precedente para el caso en estudio pero modificarlo hacia futuro. La nueva regla que suponga el cambio de precedente tendrá un efecto retroactivo tan amplio como refiera el caso en estudio³⁶. En la sentencia *National Westminster Bank v. Spectrum (2005) HL*, por vez primera la Casa de los Lores tomó en consideración la posibilidad de aplicar esta técnica jurídica de creación de precedentes (que reconocen ha funcionado bien en USA, India y en el Tribunal Europeo de Justicia), al derecho británico, pero sin decidir su aplicación. En la referida sentencia se admitía que el *prospective overruling* adopta diferentes formas, siendo su formulación más simple aquella que dispone que el precedente tendrá un efecto puramente futuro, y afectará a los casos que surjan después de la fecha en que se falla el caso que crea el nuevo precedente³⁷. Otras formas de *prospective overruling* son más limitadas y selectivas, en las que la nueva regla puede tener un efecto futuro y adicionalmente, retroactivo en relación a las partes que participan en el caso en que nace el precedente; o también puede la regla aplicarse a futuro, a las partes en el caso y eventualmente a las partes en otros casos similares que todavía están pendientes ante los tribunales (aún no son cosa juzgada)³⁸.

De los demás países en que se aplica el *common law* solamente Estados Unidos e India³⁹ han incorporado la técnica del *prospective overruling*. En Estados Unidos la suerte del *prospective overruling* –conocido coloquialmente como “Sunbursting” y originado a mediados del siglo XIX en un caso de la corte de Ohio⁴⁰–, ha conocido una fase de crecimiento y otra de reducción. Así, en el caso *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932), la Corte Suprema se cuestionó acerca de la Constitucionalidad de la técnica del *prospective overruling*, llegando a afirmar que tal técnica no afecta ninguna materia de derecho constitucional (“We think the Federal Constitution has no voice upon the subject”)⁴¹, de modo que terminó reconociendo al Estado de Montana la facultad de definir los límites de vinculación al precedente, pudiendo elegir por sí mismo entre vincular el nuevo principio hacia futuro o hacia pasado⁴².

En el caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965), se afirmó que una vez establecido que en el caso *Sunburst*, que la Constitución no prohíbe la aplicación retroactiva del precedente, se planteó la necesidad de valorar en cada caso las ventajas y perjuicios de tal medida, examinando la razón histórica que motivó ese precedente, sus objetivos y efectos, y si la aplicación retroactiva del nuevo precedente fomentará o retrasará su aplicación⁴³. En

³⁵ Discurso de Lord Mackay de Clashfern en 1987 ante la Cámara de los lores.

³⁶ Así se dispuso en *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562.

³⁷ *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants)*. [2005] UKHL 41, Fundamento 9.

³⁸ *Idem.*, Fundamento 10.

³⁹ *Golak Nath v State of Punjab* (1967) 2 SCJ 762; *India Cement Ltd v State of Tamil Nadu* (1990) 1 SCC 12; *Orissa Cement Ltd v State of Orissa* 1991 Supp (1) SCC 430.

⁴⁰ *Bingham v Miller* (1848) 17 Ohio 45.

⁴¹ 287 U.S. 364.

⁴² 287 U.S. 364.

⁴³ “Once the premise is accepted that we are neither required to apply, nor prohibited from applying a decision retrospectively, we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation”. (p. 381 U.S. 629).

este caso se niega la aplicación retroactiva del nuevo precedente a los casos que ya son cosa juzgada⁴⁴.

En el caso *Johnson v. New Jersey* 384 U.S. 719 (1966), se admitió que la Corte Suprema puede en interés de la justicia hacer que el precedente vincule a futuro cuando las exigencias de la situación requieren tal aplicación. Los criterios para poder decidirlo son: el objetivo del nuevo precedente; el grado de dependencia del antiguo precedente; los efectos que tendrá en la administración de justicia la aplicación retroactiva de los nuevos estándares⁴⁵. Estos mismos criterios luego son mencionados en el caso *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967): “el fin al que sirven los nuevos standars; la extensión de la confianza en el derecho ejecutado por las autoridades sobre la base de los viejos standars; y el efecto sobre la administración de justicia de una aplicación retroactiva de los nuevos standars”⁴⁶. Desde entonces la Corte Suprema norteamericana ha ido retrocediendo en la aplicación del *prospective overruling*. Así se ha abandonado esta técnica cuando afecta directamente a la revisión de casos criminales⁴⁷. La aplicación selectiva del *prospective overruling* en casos civiles también se ha abandonado⁴⁸, y solamente queda por resolver si la Corte abandona también el *prospective overruling* puro en casos civiles.

Valoración de la aplicación del *prospective overruling* en el EXP. N.º 3361–2004–AA/TC

Con base en lo que se lleva dicho, es preciso preguntarse si la aplicación de la técnica del *prospective overruling* en la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC fue o no debido. Dicho con otras palabras, hay que determinar si la pretensión de aplicar el cambio jurisprudencial a los casos ocurridos con posterioridad al mismo, de modo que no se aplicase ni tan siquiera al caso que dio origen al cambio jurisprudencial, formaba o no parte del contenido constitucionalmente protegido de la seguridad jurídica.

Hay razones para afirmar que en la sentencia mencionada no estaba justificada la aplicación de la técnica del *prospective overruling*, al menos por las razones siguientes. Primera, el inicial criterio jurisprudencial que permitía la no ratificación sin motivación alguna, aparecía como un manifiesto error en la interpretación constitucional. En efecto, podría decirse que en la medida que en el artículo 154 CP se disponía que la decisión de destitución que el CNM tomase respecto de un juez o fiscal debía ser motivada y con previa audiencia del sancionado (inciso 3), en la medida que tales exigencias no estaban previstas para el caso de los jueces y fiscales no ratificados, resultaba razonable entender que el Constituyente que permitía que en el caso de los no ratificados la decisión pudiese ser

⁴⁴ Incluso reconociendo que en la persona del Sr. Linkletter se produce una situación de gran injusticia pues no se le aplica un precedente que le hubiese beneficiado enormemente (evidencia tomadas ilegalmente), precedente que nace del caso Mapp cuyos hechos se produjeron tiempo antes que los del caso Linkletter, pero en un Estado diferente menos diligente en la tramitación del proceso.

⁴⁵ 384 U. S. 726–727.

⁴⁶ “The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards”. 388 U. S. 297.

⁴⁷ *Griffith v Kentucky* 107 U. S. 708 (1987)

⁴⁸ *James B Beam Distilling Co v Georgia* (1991) 501 US 529 and *Harper v Virginia Department of Taxation* (1992) 509 US 86.



tomada sin motivación alguna. Sin embargo, ya antes del original criterio jurisprudencial⁴⁹, el TC tenía manifestado en su jurisprudencia que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”⁵⁰, así como que “la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*”⁵¹, de lo que era previsible concluir que en todo los ámbitos en los que se desarrollase la persona humana surgían obligaciones de respetar sus derechos fundamentales, más aún cuando la categoría “debido proceso administrativo”⁵² ya era una categoría plenamente asentada en la jurisprudencia del TC. Así, era razonable esperar que la vigencia del derecho fundamental a la motivación de resoluciones fuese igualmente predicada de los procedimientos administrativos de ratificación de jueces y fiscales. Por lo que no sólo resultaba siendo irrazonable sino también inconstitucional no predicar la obligación de motivar las resoluciones de no ratificación del CNM, como lo hizo el TC. En definitiva, se trataba pues de una corrección de constitucionalidad.

La segunda razón es que en esta cuestión, en buena cuenta, lo que se hallaba enfrentado era el derecho fundamental de los jueces y fiscales a un debido proceso administrativo (en su variante de motivación de las resoluciones), con bienes jurídicos como la seguridad jurídica o “el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial a través de la lucha contra la corrupción”⁵³, como dice el voto en minoría en la sentencia que ahora se comenta. No existen ni derechos ni bienes constitucionales ilimitados, por lo que vale la afirmación de que no forma parte del contenido de un derecho fundamental la facultad de vulnerar el contenido de un bien jurídico constitucional y viceversa.

En referencia a la independencia del Poder Judicial, esta independencia no puede obtenerse admitiendo que el CNM puede no ratificar jueces y fiscales sin motivación alguna, porque es una medida desproporcionada por no idónea, innecesaria y desequilibrada. En efecto, siendo un fin constitucionalmente lícito perseguir la independencia del Poder Judicial, la no ratificación inmotivada no favorecía necesariamente combatir la corrupción, sólo aseguraba la no ratificación inmotivada de jueces y fiscales, sean o no corruptos. De igual manera, existía otra medida igualmente satisfactoria y menos gravosa que era precisamente la no ratificación debidamente sustentada, porque precisamente no ratificar por corrupción y advertirlo expresamente, resultaba siendo más eficaz para el combate de la corrupción precisamente por su carácter persuasivo. Y, en fin, era desequilibrada porque anulaba por completo la garantía de motivación de resoluciones a cambio de una posible (ni tan siquiera cierta) expulsión de jueces corruptos. Por lo que el fortalecimiento del Poder Judicial no podía ser una justificación válida para evitar la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial.

Y en referencia al bien constitucional seguridad jurídica, éste no puede ser invocado para impedir el ejercicio de un derecho fundamental, salvo que tal ejercicio suponga la

⁴⁹ Recogido en la sentencia al EXP. N.º 1941–2002–AA/TC, del 27 de enero del 2003, F. J. 13.

⁵⁰ EXP. N.º 410–2002–AA/TC, del 15 de octubre de 2002, F. J. 6.

⁵¹ EXP. N.º 1124–2001–AA/TC, del 11 de julio de 2002, F. J. 6.

⁵² Así, por ejemplo, una de las primeras fue en la sentencia al Exp. N.º 258–1993–AA/TC, del 12 de noviembre de 1997, F. J. 8.

⁵³ EXP. N.º 01412–2007–PA/TC, voto de la minoría, F. J. 7.

ineficacia de relaciones jurídicas de los particulares llevadas a cabo de buena fe o decisiones públicas –judiciales, por ejemplo– que hayan adquirido firmeza o la calidad de cosa juzgada. En el caso concreto, lo único que en su momento pudo verse defraudado fue la confianza del CNM en los criterios jurisprudenciales vigentes. Pero tal defraudación no era constitucionalmente relevante no sólo porque no habría supuesto ningún perjuicio al CNM, sino también porque en definitiva se trataba de hacer realidad la plena vigencia de los derechos fundamentales de los jueces y fiscales que se sometían al proceso ratificatorio.

Sobre cada una de las tres razones a favor y en contra de la aplicación del *prospective overruling*

Sobre la primera razón: El *prospective overruling* como obstáculo a la plena realización de los derechos fundamentales

Con lo argumentado hasta aquí puede concluirse que la aplicación no ponderada de la técnica del *prospective overruling* puede generar serias dificultades en la realización plena de los derechos fundamentales. La base que da sustento a esta afirmación es que como toda categoría constitucional limitada, es posible la aplicación del bien jurídico–constitucional seguridad jurídica como si contase con un contenido ilimitado. Esta posibilidad se manifiesta, entonces, cuando se pretende llevar el bien jurídico más allá de lo que su contenido constitucional permite y exige; es decir, cuando se pretende una aplicación extralimitada de su limitado contenido constitucional. Tan posible que esto ocurra es el hecho que esto ha sucedido en la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC, en la que la aplicación de la técnica impidió que una respuesta constitucionalmente correcta que corregía además una anterior constitucionalmente incorrecta, desplegara toda su virtualidad hacia todos los supuestos en los que debía hacerlo, y como consecuencia de ello creó la situación de que varias agresiones al derecho fundamental al debido proceso administrativo en su garantía de motivación de resoluciones por parte del CNM subsistieran en el tiempo, con la consecuente agresión no sólo a la persona humana (jueces y fiscales no ratificados mediante decisión inmotivada), sino también al ordenamiento y justicia constitucional. Por lo que en este punto hay razones para afirmar que acierta la mayoría y no la minoría en la sentencia que se comenta.

Dicho esto, es oportuno también mencionar que es dudosa la positiva valoración que la mayoría hace de la técnica del *prospective overruling*. No sólo porque en sí misma no está llamada a contribuir a la unificación jurisprudencial, a lo que, por ejemplo, sí lo está la técnica del precedente vinculante; sino porque además parece ser muy precaria, cuando no negativa, su contribución a la justicia constitucional en los sistemas herederos de la tradición jurídica francesa. Y no podía ser de otra forma cuando se intenta trasladar una figura típica del *common law* a sistemas del *civil law*, sin atender a que entre uno y otro hay una diferencia radical en la labor creadora del derecho por parte del juez: en el primero el derecho se crea fundamentalmente a través de la jurisprudencia, al punto que el Juez puede crear derecho ex novo; mientras que en el segundo el derecho fundamentalmente se crea a través de los órganos con función legislativa (Parlamento y Ejecutivo). Precisamente por esta diferencia –acrecentada por el hecho de que el primero de los sistemas se basa en la estabilidad del derecho creado por el juez, lo que no ocurre necesariamente respecto del



derecho creado por el legislador⁵⁴– es que en el sistema del *common law* la técnica del *prospective overruling* viene a desempeñar una función parecida a la que en el sistema del *civil law* desempeña el mandado constitucional de que la Ley –como regla general– entra en vigor al día siguiente de su publicación en el diario oficial. Esta diferenciación se mantiene incluso en sistemas como el peruano en el que se ha reconocido que el supremo intérprete de la Constitución puede emitir válidamente precedentes vinculantes. Porque si bien es cierto puede admitirse que estos precedentes se formulan con carácter general propio de una ley, no llega a convertirse en Ley, ni formal ni materialmente. Se llega a situaciones mucho más lamentables cuando se intenta trasladar la figura del *prospective overruling* con una radicalidad que es impropia incluso en los sistemas en los que se ha formulado.

De ahí que, como sugiere con acierto el voto en minoría, es mejor negar que ésta técnica signifique un *verdadero avance*, que afirmarlo y a la vez denunciar que se convierte en un instrumento que impide el ejercicio pleno de los derechos fundamentales⁵⁵. Y es que, como ya se argumentó antes, es posible sostener que esta técnica impide una plena protección de los derechos fundamentales, por lo que no puede ser considerada como un verdadero avance, no al menos como avance en la dirección constitucionalmente correcta.

Sobre la primera razón: la afectación del derecho a la igualdad

Como se recordará, la sentencia afirma que la aplicación de la técnica del *prospective overruling* en la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC ha afectado el derecho a la igualdad. Lo primero que es posible concluir es que el voto minoritario acierta al denunciar que existe una deficiencia justificativa por parte de la mayoría al sostener esta afirmación. Tal deficiencia no se cubría con la aplicación del *test de igualdad* –una de las construcciones dogmáticas menos claras del TC, y sin duda una de las más inútiles cuando lo que existe y por todos es conocido y aplicado es el test de proporcionalidad o razonabilidad–, sino con la justificación de que el trato diferenciado que suponía la aplicación de la técnica del *prospective overruling* estaba o no justificado para mantenerse como mero trato diferente permitido constitucionalmente, y no pasar a ser considerado como un acto discriminatorio, sí proscrito por la norma fundamental.

Y el acierto en la denunciada justificación deficiente por insuficiente que realiza el voto minoritario, no se ve desdicho un ápice por el hecho de que hay razones para sostener las siguientes dos afirmaciones. La primera es que parece haber mejores razones para sostener un trato diferenciado injustificado en la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC. Como ya se ha intentado justificar arriba, hay razones que permiten concluir que en el caso concreto lo que se terminó dando fue un intento de aplicación extralimitada del contenido constitucionalmente protegido del bien jurídico–constitucional seguridad jurídica. A esas razones me remito ahora. Y la segunda es que efectivamente la decisión de la mayoría si bien podría tener *algún viso de discriminación*⁵⁶, tal queda solo en eso, en apariencia. Esto último exige una justificación, aunque sea breve, y exige también responder una pregunta.

La justificación es que no hay igualdad agredida ahí donde de lo que se trata es evitar que una interpretación equivocada de la Constitución termine producir de modo completo

⁵⁴ DUMET DELFÍN, David, “Overruling o revocación...”, ob. cit., p. 299.

⁵⁵ EXP. N.º 01412–2007–PA/TC, voto de la minoría, F. J. 6.

⁵⁶ EXP. N.º 01412–2007–PA/TC, voto de la minoría, F. J. 9.

sus consecuencias negativas. Lo que en definitiva pretende hacer la minoría es salvar todos los casos de frustración de la plena vigencia del derecho fundamental al debido proceso administrativo que aún sean posibles. No parece condecirse con exigencias básicas de justicia negar la salvación constitucional a casos de manifiesta agresión de un derecho fundamental –como el debido proceso administrativo en su garantía de justificación de decisiones– so pretexto que las circunstancias han impedido salvar un mayor número. Es decir, no es razonable aceptar que por el hecho que se haya cometido el error respecto de muchos jueces y fiscales no pueda corregirse el mismo respecto de otros, por ser estos un número menor que el de aquéllos.

La pregunta es, con la decisión de dejar si efecto la aplicación de la técnica del *prospective overruling* que trae consigo la sentencia constitucional que ahora se comenta, ¿deben volverse a revisar los casos que habiendo sido judicializados, las respectivas demandas fueron rechazadas en aplicación precisamente del precedente vinculante que postergaba el cumplimiento de la obligación del CNM de justificar sus decisiones? En este caso concreto la respuesta es necesariamente negativa. No porque no hayan tenido o no tengan el derecho, sino porque los canales procedimentales no existen. Como se sabe, en Derecho las formas cuentan también y mucho al punto que pueden convertirse en decisivas. Cuando sobre una determinada pretensión se ha obtenido un pronunciamiento definitivo, y más aún, proveniente de la máxima instancia de interpretación y aplicación constitucional como es el TC, se ha perdido el derecho a reclamar el derecho, al menos en el ámbito interno. Por eso es que no está constitucionalmente permitido reabrir amparos sentenciados con base en el criterio jurisprudencial anterior. Sin embargo, y porque el sistema suele ofrecer salidas a situaciones injustas, y precisamente porque los jueces y fiscales siempre tuvieron el derecho fundamental a que se les motive la decisión de no ratificación⁵⁷, es que agotada la jurisdicción interna se abren las puertas de la justicia internacional.

Sobre la tercera razón: la labor de la Comisión americana de derechos humanos

El voto en minoría nuevamente acierta cuando afirma que no puede confundirse los efectos de una solución amistosa a la que llega el Estado peruano con el denunciante en el seno de la Comisión interamericana de derechos humanos, con los efectos de las decisiones jurisdiccionales que adopta la Corte interamericana de derechos humanos. Es así que el órgano encargado de interpretar de modo vinculante a la Convención americana de derechos humanos es la Corte y no la Comisión. De igual forma, es la Corte y no la Comisión la que puede condenar al Estado peruano a realizar o no realizar determinada acción y,

⁵⁷ Es de destacar que incluso el voto en minoría destaca la validez y eficacia del derecho a la motivación de resoluciones, con tal contundencia que es preciso reconocer una vigencia general y atemporal. Así dijeron los magistrados minoritarios: “en todo Estado constitucional y democrático, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional” (F. J. 11). De igual manera tienen dicho que “[e]n el supuesto particular de los procedimientos de evaluación y ratificación de magistrados ante el Consejo Nacional de la Magistratura, si bien el ejercicio *per se* de tal atribución discrecional no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente las decisiones adoptadas y/o no se siguen los procedimientos legalmente establecidos para su adopción” (F. J. 12).



consecuentemente, a obligarle al cumplimiento de una orden. En este punto el desacierto de la sentencia de la mayoría parece ser notorio y manifiesto, por lo que no se dirá nada más.

SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA OBLIGACIÓN DE REGRESAR LAS COSAS AL ESTADO ANTERIOR DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO

En la sentencia en mayoría sólo hay acuerdo parcial en los cinco magistrados que la firman. Todos coinciden en que debe dejarse sin efecto la aplicación de la técnica del *prospective overruling* establecida en la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC. Sin embargo, discrepan –y profundamente además–, en las consecuencias de aplicar al caso que resuelven el nuevo criterio jurisprudencial. Así, los magistrados Mesía, Calle y Eto decidieron

“ORDENAR su inmediata reincorporación [la del demandante] en el cargo de Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, reconociéndosele todos los derechos inherentes al cargo, sin incluir beneficios remunerativos dejados de percibir”.

Mientras que el magistrado Vergara agregó que a la ordenada reincorporación inmediata del demandante, se ha de agregar el que

“deb[a] llevarse a cabo un nuevo proceso administrativo con todas las garantías del debido proceso, lo que obviamente implica que la resolución que se emita en dicho proceso estará debidamente motivada”⁵⁸. De modo que “las cosas deben reponerse al estado inmediatamente anterior a la vulneración de su derecho, es decir al estado en ejercicio del cargo que el demandante venía ostentando”⁵⁹.

Para finalmente el magistrado Álvarez ser de la opinión que no se puede ordenar la inmediata reincorporación del demandante, aunque sí una nueva decisión por parte del CNM. Tiene dicho que

“estimo oportuno precisar que no suscribo la parte resolutive, que a decir de la mayoría, dispone la inmediata reincorporación del demandante en el cargo de Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; por lo que debe declararse fundada la demanda, inaplicable la cuestionada resolución, y disponer que el Consejo Nacional de la Magistratura dicte una nueva resolución debidamente motivada”.

Cada una de estas tres opiniones son respuesta a una misma pregunta: ¿cuál es el significado de la obligación de reponer las cosas al estado anterior de cometida la agresión, que para toda demanda de amparo declarada fundada dispone el artículo 1 CPConst.? En este caso se ha dado la curiosa situación de que las opiniones que recorren todo el camino posible de respuestas. Así, de un extremo hay la decisión de reincorporar inmediatamente al demandante, se entiende que sin la obligación del CNM de volver a pronunciarse –esta vez motivadamente– por la ratificación del magistrado no ratificado (magistrados Mesía, Calle y Eto). Hay otra respuesta que se va al otro extremo: no reincorporar inmediatamente al demandante, pero disponer que el CNM vuelva a resolver motivadamente la ratificación o no como Vocal Superior Titular del demandante (magistrado Álvarez). Y hay una respuesta

⁵⁸ EXP. N.º 01412–2007–PA/TC, voto singular del magistrado Vergara, F. J. 3.

⁵⁹ Idem., F. J. 4.

que se mueve en un punto medio entre ambos extremos: reincorporar inmediatamente al demandante en el cargo, pero con la obligación de que el CNM se pronuncie motivadamente sobre la ratificación o no del demandante como Vocal Superior Titular.

Para saber cuál ha de ser el significado de la obligación de reponer las cosas al estado anterior de cometida la agresión de un derecho fundamental, es imprescindible saber determinar cuál ha sido esa agresión. En el caso que ahora se comenta, la violación iusfundamental denunciada fue la siguiente: el CNM decidió sin motivación alguna no ratificar en el cargo de magistrado al demandante. Cuando ocurrió esta agresión estaban presentes al menos los dos siguientes elementos. Primero, el demandante ejercía el cargo de Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; y segundo, estaba sometido a un proceso ratificatorio. Es precisamente en el desarrollo de este procedimiento administrativo en el que ocurre la violación del derecho fundamental denunciado. Con base en estos presupuestos es posible concluir que en estricto, regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión, significa volver a una situación en la que existían al menos los dos mencionados elementos: el demandante en el cargo, el demandante sometido a un proceso ratificatorio. De modo que quien más se acerca a una respuesta constitucionalmente correcta es el magistrado Vergara.

El inconveniente de la respuesta de los magistrados Mesía, Eto y Calle, es que no regresan las cosas al estado anterior de cometida la agresión sino que van más allá al ordenar sólo la reincorporación inmediata del demandante. Mientras que el inconveniente de la respuesta del magistrado Álvarez no sólo es que no vuelve las cosas al estado anterior yendo a menos en esa situación, sino también el que en buena cuenta obligará al demandante a esperar una decisión del CNM no como magistrado, sino fuera de su cargo, de modo que una duración irrazonable en la dación de esa decisión no haría más que agravar prolongadamente la denunciada agresión iusfundamental, con la consecuente ineficacia práctica de haber declarado fundada la demanda de amparo. A este riesgo se podría responder diciendo que se entiende que la orden de que el CNM resuelva motivadamente la ratificación o no del demandante deberá darse tan pronto como materialmente sea posible por estar en juego tanto la vigencia de un derecho fundamental, como la eficacia de un fallo del Supremo intérprete de la Constitución. Sin embargo a esto se puede contra argumentar manifestado, entre otras razones, que parece ser contradictorio por un lado exigir una respuesta inmediata (o razonablemente pronta) por parte del CNM sobre la ratificación del magistrado, a la vez que sostener que para la reincorporación habrá que atender a plazas efectivas existentes y a la disposición de dinero para ello⁶⁰.

CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas de este comentario jurisprudencial se han abordado dos cuestiones generales. La primera ha sido la relacionada con la técnica del *prospective overruling*, y se ha concluido –entre otras cosas– que siendo una figura típica del *common law*, su aplicación debe tomar en consideración las singularidades del *civil law* (en

⁶⁰ No es relevante la consecuencia de carácter constitucional que refiere el magistrado Álvarez a saber, “el respeto a las competencias que el constituyente ha asignado al CNM” (F. J. 6), y ello porque la inmediata reincorporación del demandante no exime al CNM de pronunciarse sobre la cuestión pendiente: se ratifica o no al magistrado demandante.



particular que el juez no crea el derecho, no al menos como lo hace el Legislador), y siempre sopesar las circunstancias del caso concreto a fin de decidir aplicarlo, no aplicarlo o aplicarlo matizadamente. En el caso 3361–2004–AA/TC, se establece un nuevo criterio jurisprudencial que corregía la constitucionalmente incorrecta regla de que el CNM podía válidamente no ratificar a un juez o fiscal sin motivación alguna. En esa misma sentencia no existía justificación suficiente para la aplicación de la técnica del *prospective overruling*, por lo que se terminó convirtiendo en un serio obstáculo para la defensa plena de los derechos fundamentales. Y sobre la segunda cuestión general, en el caso de la sentencia al EXP. N.º 01412–2007–PA/TC “reponer las cosas al estado anterior de cometida la agresión” significa volver a dar existencia jurídica a los dos elementos existentes al momento en que el demandado vio agredido su derecho fundamental al debido proceso: que él venía desempeñando el cargo de Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; y que estaba siendo sometido a un proceso ratificatorio. Por lo que a la nulidad de la resolución de la CNM debe seguir la reincorporación del demandante y la obligación del CNM de emitir una nueva decisión de ratificación, esta vez fundamentada debidamente.