



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# ALGUNAS INCORRECCIONES EN LA CREACIÓN DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES

Luis Castillo-Córdova

Perú, diciembre de 2012

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

## ALGUNAS INCORRECCIONES EN LA CREACIÓN DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES

Luis Castillo Córdova\*

### INTRODUCCIÓN

Se han cumplido casi ocho años de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional y una de las novedades que trajo consigo fue la figura del precedente vinculante. Mucho se ha escrito sobre su naturaleza y alcances jurídicos<sup>1</sup>. No es mi propósito ahora adentrarme al estudio de la concreta regulación del precedente en el ordenamiento constitucional peruano. Mi propósito tiene menos alcance: describir cómo ha sido empleada esta figura por el Tribunal Constitucional a lo largo de estos ocho años. Atenderé, pues, no tanto al deber ser sino al ser (particularmente al *cómo ha sido*) de esta institución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para de la mano con una descripción de lo ocurrido identificar –al menos las más relevantes- incorrecciones en las que ha incurrido el Tribunal Constitucional.

### MODALIDADES A TRAVÉS DE LAS CUALES SE HA DECLARADO PRECEDENTES VINCULANTES

#### ***Cuando el Tribunal define la regla jurídica en la que consiste el precedente***

El Tribunal Constitucional ha establecido precedentes vinculantes empleando fórmulas distintas. La que más se ajusta a las exigencias de esta figura tal y como ha sido recogida en el Código Procesal Constitucional, es aquella en la que el propio Tribunal define los alcances del precedente formulando él mismo la regla jurídica. Esta modalidad se ha manifestado a su vez a través de dos caminos. Uno ha sido cuando el mencionado Tribunal formulaba reglas procesales y reglas sustanciales como precedentes vinculantes<sup>2</sup>. Por desgracia, pocos han sido estos los casos<sup>3</sup>. Mientras que el otro camino es la formulación por parte del Tribunal Constitucional de las reglas sin apelar a las categorías regla formal y regla sustancial<sup>4</sup>. Desde un punto de vista procedimental, estos casos son los más sencillos, pues el Juez, y en general los operadores jurídicos, no tienen más que seguir la regla jurídica establecida como precedente.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

<sup>1</sup> Por todos véase las siguientes obras: TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinador), *El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*, Editorial ADRUS, Arequipa 2009; y CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora), *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Grijley, Lima 2010.

<sup>2</sup> Normalmente, las reglas procesales han sido irrelevantes porque estaba destinada a reconocer la competencia del Tribunal Constitucional para establecer en el caso un precedente vinculante. Mientras que la regla sustancial era la que se destinaba a recoger la regla jurídica efectiva en la que consistía el precedente vinculante.

<sup>3</sup> Por todos, véase las reglas procesal y sustancial contenidas en el fundamento 12 de la sentencia al EXP. N.º 06423-2007-PHC/TC.

<sup>4</sup> Por todas, véase las “reglas vinculantes establecidas en esta sentencia” (Fundamento XIV), particularmente en el fundamento jurídico VII. EXP. N.º 00053-2004-PI/TC.



***Cuando el Tribunal Constitucional se limita a indicar los fundamentos jurídicos desde los cuales se han de concluir las reglas jurídicas en las que consisten los precedentes***

Luego le sigue aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional crea los precedentes vinculantes mencionando los concretos fundamentos jurídicos desde los que había que concluir las reglas jurídicas de los precedentes. Este caso se ha presentado de dos modos también. Uno es mencionando individuales fundamentos jurídicos. Así, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional manifestó que:

“Esta sentencia constituye precedente vinculante respecto de los fundamentos jurídicos N.ºs 14, 15, y 16, *supra*, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”<sup>5</sup>.

O cuando individualizó el único fundamento jurídico que elevaba a la categoría de precedente vinculante. Por ejemplo, cuando decidió:

“Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 5 de la presente sentencia”<sup>6</sup>.

El otro modo ha sido mencionando bloques de fundamentos jurídicos. Así, por ejemplo, cuando decidió:

“Declarar que la presente sentencia asume la eficacia de precedente vinculante respecto de los fundamentos N.ºs 4 a 17, conforme a lo señalado en el fundamento N.º 18, *supra*”<sup>7</sup>.

Y también ha habido los casos en los que ha utilizado conjuntamente estas dos posibilidades: individualizar un concreto fundamento jurídico a la vez que indicaba un bloque de fundamentos que elevaba a la condición de precedentes vinculantes. Este fue el caso en el que

“Declarar que los criterios de interpretación y aplicación de la Ley N.º 23908, desarrollados en los Fundamentos 5 y del 7 al 21 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato de observancia obligatoria,

---

<sup>5</sup> EXP. N.º 1966–2005–PHC/TC, Fundamento 17.

<sup>6</sup> EXP. N.º 04650–2007/PA/TC, Fundamento 2.

<sup>7</sup> EXP. N.º 2802–2005–AA/TC, Fundamento 3.

de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”<sup>8</sup>.

En todos estos casos, el Juez, y en general los operadores jurídicos, no han de definir las *ratio decidendi*, sino que asumiendo que tales serán los fundamentos jurídicos expresamente referidos, tienen que formular la regla jurídica desde los fundamentos jurídicos declarados como precedentes vinculantes.

### ***Cuando el Tribunal Constitucional declara que toda la sentencia o la síntesis de la misma es precedente vinculante***

Luego vienen aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional ha creado precedentes vinculantes declarando que toda la sentencia constituye precedente vinculante. Así, por ejemplo, tiene manifestado que

“[e]sta sentencia será precedente vinculante para este mismo Colegiado y para los restantes órganos de la jurisdicción ordinaria, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”<sup>9</sup>.

Incluso, no ha sido la referencia a una sentencia sino a la síntesis de la misma, la que ha sido elevada a la categoría de precedente vinculante. Es el caso en el que el Tribunal Constitucional declaró

“La síntesis de lo que aquí se deje establecido, será, en buena cuenta, precedente vinculante para este mismo Tribunal y para los restantes órganos de la jurisdicción ordinaria, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dispositivo aplicable al presente proceso a tenor de su disposición final segunda y en tanto no comporta una interpretación restrictiva de derechos procesales”<sup>10</sup>.

Estos casos comparten dos características. La primera es que son los que más se alejan de lo que debe ser la formulación del precedente vinculante a la luz del artículo VII del Código Procesal Constitucional. El Tribunal incumple el mandato de precisar él mismo el extremo de su efecto normativo. Y la segunda es que ambos casos son los más complejos al menos desde un punto de vista formal, porque exige del operador jurídico una doble tarea. Por un lado, determinar las *ratio decidendi* de la sentencia; y por otro y a partir de tales

<sup>8</sup> EXP. N.º 5189-2005-PA/TC, punto 4 del fallo.

<sup>9</sup> EXP. N.º 3482-2005-PHC/TC, Fundamento 2.

<sup>10</sup> EXP. N.º 00349-2004-AA/TC, Fundamento 4.



razones, formular las reglas jurídicas respectivas en las que consiste el precedente vinculante.

## ALGUNAS INCORRECCIONES EN LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ***Precedentes vinculantes sin contenido jurídico***

En el apartado anterior se han puesto de manifiesto las tres modalidades que el Tribunal Constitucional ha empleado para crear precedentes vinculantes a lo largo de sus sentencias. Ya sea a través de una o de otra, es posible –y de forma añadida–, poner de manifiesto algunas singularidades en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional, singularidades que bien vistas las cosas representan incorrecciones que merman significativamente no solo la naturaleza jurídica del precedente mismo, sino también su efectiva normatividad.

Ha habido casos en los que el Tribunal Constitucional ha elevado a la categoría de precedentes vinculantes, fundamentos jurídicos cuyo contenido no permitía formular ninguna regla jurídica porque en estricto no constituía contenido normativo alguno. Esta incorrección no se ha manifestado a través de la primera modalidad antes vista, es decir, cuando el propio Tribunal es quien formula la regla jurídica en la que consiste el precedente vinculante. Sí se ha manifestado, por el contrario, a través de las otras dos modalidades.

### **Cuando el Tribunal Constitucional eleva a precedente vinculante a toda la sentencia**

Una de ellas representa el campo de acción más propicio para formular la referida incorrección. Me refiero al caso en el que el Tribunal declaraba que toda la sentencia se convierte en precedente vinculante. Normalmente, las sentencias del Tribunal se componen de *ratio decidendi* y de *obiter dicta*. Si se proclama que toda la sentencia pasa a ser tenida como precedente vinculante, significará que todas las razones formuladas en ella, las decisivas y las secundarias, adquieren tal posición. Y, como se sabe, las reglas jurídicas en las que consisten los precedentes se formulan a través de las *ratio decidendi* y no desde los *obiter dicta*<sup>11</sup>, que por definición propia tienen carácter persuasivo al estar compuesta por contenidos no normativos como las reflexiones o conceptos<sup>12</sup>.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha elevado a la condición de precedente vinculante a toda la sentencia al EXP. N.º 4227-2005-AA/TC, con el enunciado siguiente: “este Tribunal declara que la presente sentencia, que adquiere la autoridad de cosa juzgada, constituye precedente vinculante”<sup>13</sup>. Consecuentemente, también ha elevado a tal condición aquella parte de la sentencia que se limita a dar cuenta de una modificación legal<sup>14</sup>, o aquella

---

<sup>11</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento* (*obiter dicta*)”. EXP. N.º 4119-2005-PA/TC, Fundamento 12.

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional ha definido los *obiter dicta* como la “parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas”. EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.

<sup>13</sup> EXP. N.º 4227-2005-AA/TC, Fundamento 43.

<sup>14</sup> Dijo el Tribunal Constitucional que “[d]icha situación fue modificada mediante los artículos 17º y 18º de la Ley N.º 27796, publicada el 26 de junio del 2002, variándose de este modo la base imponible del citado tributo,

otra en la que se contiene la posición de la recurrente en agravio constitucional<sup>15</sup>; sin que desde una y otra pueda definirse un precedente vinculante.

### **Cuando el Tribunal Constitucional eleva a precedente vinculante a determinados fundamentos jurídicos de una sentencia**

Si bien el campo propicio para que se presente la denunciada incorrección es el caso en el que el Tribunal eleva a precedente vinculante a toda la sentencia, no ha dejado de presentarse también en los casos en los que proclamaba como precedentes vinculantes a determinados fundamentos jurídicos de una sentencia. Pareciera que esta modalidad de creación de precedentes vinculantes no favorece que se incurra en la referida incorrección; pero no ha sido así.

En efecto, cuando el Tribunal Constitucional se toma el trabajo de especificar cuál o cuáles de los fundamentos jurídicos se convierten en precedentes vinculantes, se espera que de tales fundamentos sea posible concluir normas constitucionales adscritas relevantes para la solución del caso. Pero ha habido ocasiones, lamentablemente no escasas, en las que el Tribunal Constitucional ha declarado que un determinado fundamento jurídico es precedente vinculante, sin que desde su contenido sea reconocible ninguna regla jurídica.

Y lo ha hecho tanto cuando lo que convertía en precedentes vinculantes era un intervalo de fundamentos jurídicos, como cuando los individualizaba. Del primer caso puede ser mencionado como ejemplo la sentencia al EXP. N.º 5189-2005-PA/TC. En esta sentencia, declaró el Tribunal Constitucional que los criterios “desarrollados en los Fundamentos 5 y del 7 al 21 supra, constituyen precedente vinculante”<sup>16</sup>. No obstante, en los fundamentos 7 y 8 manifestó lo siguiente:

“7. Por ello, este Tribunal, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, atendiendo a su función ordenadora y pacificadora, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda precisar los criterios adoptados en la STC 198-2003-AC para la

---

reduciéndose la tasa de la alícuota de 20% al 12%, e incorporándose la posibilidad de deducir gastos de mantenimiento, adecuándose a los criterios sentados por este Tribunal”. Idem, Fundamento 4.

<sup>15</sup> Así manifestó el Tribunal: “La recurrente cuestiona el artículo 17º de la Ley N.º 27796 –que sustituye el artículo 38º de la Ley N.º 27153– y establece la base imponible del impuesto a la explotación de los juegos de casino y tragamonedas, así como la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796, que establece que la tasa del 12% será de aplicación desde la fecha de vigencia de la Ley N.º 27153. Alega que no existe norma legal ni constitucional que permita la aplicación retroactiva de la ley tributaria, por lo que la actuación de la administración respecto de la aplicación de la nueva base y tasa del impuesto contenidas en la Ley N.º 27796 resulta inconstitucional e ilegal, ya que viola los principios de irretroactividad y de temporalidad de la ley. Expresa, además, que en virtud del principio de irretroactividad de las leyes tributarias, así como de lo dispuesto por el artículo 204º de la Constitución, las sentencias de este Tribunal que declaran la inconstitucionalidad, en todo o en parte, de una norma legal, carecen de efectos retroactivos, por lo que dicho principio no puede ser soslayado a través de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional amparado en una norma legal de inferior jerarquía que la Constitución; por tanto, la aplicación retroactiva de la nueva base imponible y tasa del impuesto prevista por la Ley N.º 27796 deviene inconstitucional e ilegal”. Idem., Fundamento 5.

<sup>16</sup> Punto 4 del fallo.



aplicación de la Ley N.º 23908, durante su periodo de vigencia, y dispone su observancia obligatoria, en los siguientes términos:

8. Al crearse el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N.º 19990, se estableció que el monto de la pensión de jubilación se determinaría efectuando el cálculo establecido en el artículo 73º. El monto resultante se denominó pensión inicial”.

Como se aprecia, de ninguno de estos fundamentos jurídicos es posible concluir regla jurídica alguna, pues, el primero anuncia lo que a continuación va a realizar el Tribunal Constitucional; mientras que en el segundo se limita a recordar el contenido de un dispositivo legal.

Mientras que del segundo caso puede ser mencionado como ejemplo lo decidido en la sentencia al EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, en el que en aplicación del artículo VII del Código Procesal Constitucional, decidió el Tribunal que “son vinculantes para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos Nos. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26”<sup>17</sup>. De estos fundamentos elevados a precedentes vinculantes, el fundamento 2 se destina a dar cuenta la fecha de entrada en vigor del Código Procesal Constitucional; mientras que el fundamento 3 se limita a transcribir el texto de la Segunda disposición final del mencionado Código. Estos fueron los contenidos de los mencionados fundamentos:

“2. Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus.

3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que *“las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”*.

### ***Precedentes vinculantes que son mera transcripción de disposiciones***

En los precedentes vinculantes creados por el Tribunal Constitucional ha habido los casos en los que el contenido del fundamento jurídico elevado a precedente vinculante se agotaba en la transcripción de una disposición. Se trata de una de las incorrecciones que con alguna frecuencia se ha encontrado en los fundamentos declarados precedentes. Este fue el caso de la sentencia al EXP. N.º 3075-2006-AA/TC, en la que se llevó a la categoría jurídica de precedentes vinculantes “los acápites a), b) g) y h) de su fundamento 5”<sup>18</sup>, cuando el fundamento 5a) de la sentencia se limitaba a transcribir preceptos legales:

<sup>17</sup> EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, Fundamento 33.

<sup>18</sup> EXP. N.º 3075-2006-AA/TC, Fundamento 10.

“En lo que respecta a la dimensión estrictamente procedimental del derecho invocado, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta plenamente legítima, habida cuenta de que: a) El Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor establece, en materia de medidas preventivas o cautelares, diversos criterios que la administración y, dentro de ella, los organismos reguladores como el Indecopi, necesariamente deben tomar en cuenta. En efecto, conforme lo reconoce el artículo 176 de la citada norma (...). El artículo 177, por su parte establece que (...). El artículo 179, a su turno, precisa que (...). El artículo 180, de otro lado, prevé que (...). Finalmente, el artículo 181 contempla que (...)”.

Desde aquí no es posible concluir contenido normativo alguno que permita la formulación de una regla jurídica vinculante. La razón es que en este apartado el Tribunal Constitucional se limita a transcribir preceptos legales, los cuales son normativos no porque lo diga el Máximo controlador de la Constitución, sino por ser ley proveniente del Parlamento.

Lo mismo ha ocurrido en la sentencia al EXP. N.º 2496-2005-HC/TC, en la que se consideró precedentes vinculantes “los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos Nos. 3, 5, 7, 8, 12 y 13”<sup>19</sup>, cuando el fundamento 7 fue empleado para a transcribir el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“El artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a *garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”. Desde aquí tampoco es posible formular una regla jurídica que no sea la disposición misma que es normativa no porque lo diga el Tribunal Constitucional, sino por pertenecer a un tratado internacional sobre derechos humanos”.

### ***Precedentes vinculantes que son simples propuestas no vinculantes***

Un tipo de incorrecciones más en las que ha incurrido el Tribunal Constitucional es la de decidir declarar como precedentes vinculantes a fundamentos jurídicos en los que se

<sup>19</sup> EXP. N.º 2496-2005-HC/TC, Fundamento 16.



contenían meras propuestas. La sentencia al EXP. N.º 2877-2005-PHC/TC es un buen ejemplo de esta práctica. En ella se elevó a precedente vinculante una propuesta de organización interna del Tribunal Constitucional:

“El TC peruano, ante la situación de tensión –también presente a veces en otros tribunales, inclusive como los nombrados–, entre una protección óptima de los derechos fundamentales y una permanente sobrecarga de trabajo, requiere de una reorganización funcional en la prestación del servicio de justicia constitucional, de manera que ésta sea lo más efectiva posible y que cumpla, a su vez, con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Para ello, tomando en cuenta cómo está dividido actualmente nuestro TC, se propone que una de las Salas que lo integran se encargue de revisar y determinar la procedencia de los RAC interpuestos. Los magistrados del TC constituidos en Sala o Pleno revisarán los recursos respecto de los cuales exista duda, discordancia o impliquen un caso difícil, así como los casos que merezcan un pronunciamiento sobre el fondo, y aquellos recursos que fundamenten fáctica y jurídicamente la necesidad de una variación del precedente vinculante vigente. Las Salas o el Pleno resolverán, en consecuencia, solamente aquellos recursos que hayan pasado por este nuevo filtro de procedencia.

Este nuevo funcionamiento del Tribunal no implicará un gasto mayor considerable por parte del Estado ni implicará un incumplimiento del artículo 5º de la Ley Orgánica, respecto del quórum requerido para el conocimiento de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, toda vez que el auto que se emita será validado por la Sala que esté a cargo de este examen”<sup>20</sup>.

Como se aprecia, en este fundamento jurídico declarado precedente vinculante, el Tribunal Constitucional recoge una propuesta de organización interna del Tribunal Constitucional. Únicamente desde parámetros formales habría sido posible reconocer una regla jurídica aquí, porque desde un punto de vista material, aquello que reviste carácter de propuesta no puede tener reconocido un carácter vinculante.

### ***Precedente vinculante formulado desde razones que son obiter dicta***

Una incorrección más en la práctica jurisprudencial a través de la cual se crea precedentes vinculantes la conforma también la sentencia al EXP. N.º 2877-2005-PHC/TC. Ningún asunto sobre los que versan los precedentes vinculantes en esta sentencia tiene que ver con la cuestión jurídicamente relevante que se resolvía en la demanda constitucional que dio origen al proceso de hábeas corpus, a saber: si el recurso de agravio constitucional podía dirigirse con el propósito de sancionar al agresor de los derechos fundamentales. La única

---

<sup>20</sup> EXP. N.º 2877-2005-PHC/TC, Fundamento 25. También contiene una mera propuesta el fundamento 28 de esta misma sentencia.

razón que debió ser considerada como *ratio decidendi* porque tenía relación directa con la cuestión jurídicamente relevante que afrontaba esta sentencia, no fue declarada precedente vinculante.

No obstante, esto no impide reconocer en ella un contenido jurídico vinculante, no como precedente vinculante sino como *ratio decidendi* vinculante. Tal contenido se halla recogido en el fundamento 20 de la mencionada sentencia, desde el cual puede formularse la siguiente regla:

**N20:** Está prohibido interponer un recurso de agravio constitucional con el propósito de conseguir una sanción contra el agresor de un derecho fundamental.

### ***Precedentes vinculantes formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales***

Esta es una de las incorrecciones más gravitantes para el derecho constitucional. Formalmente, toda interpretación que de la Constitución formula el Tribunal Constitucional, significará una norma constitucional adscrita. Esta es la manera que tiene el mencionado Tribunal de crear derecho constitucional. Por esta sola razón tal norma resulta adscrita a la Constitución. Sin embargo, es posible que esa concreción normativa que formula el Tribunal resulte siendo contraria a la norma constitucional concretada. Cuando eso ocurre estamos ante una norma constitucional inconstitucional. Este tipo de normas adscritas no ha sido ajeno a la práctica jurisprudencial del Tribunal. Aquí solo serán mencionados dos casos.

### **Norma constitucional inconstitucional por contravenir la esencia del proceso de amparo**

El primero se recoge en la sentencia al EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, en la que el tribunal Constitucional tiene decidido, como precedente vinculante, lo siguiente:

“Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado.



Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”<sup>21</sup>.

En la medida que el Tribunal Constitucional no ha precisado la regla jurídica en la que consiste el precedente, tal labor la ha de realizar el operador jurídico, significativamente el Juez. Este puede presentar una norma como la que a continuación se propone:

**N20:** Está ordenado tramitar vía amparo constitucional las pretensiones que por estar referidas al contenido legal del derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario son competencia de los jueces laborales o que se refieran a hechos controvertidos, siempre que no sea posible atenderlas en la vía judicial laboral ordinaria, o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la igualmente satisfactoria.

El mandato a través del cual la demanda de amparo procede para defender el contenido legal del derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario es inconstitucional porque contradice la esencia del proceso constitucional de amparo previsto en el artículo 200.2 de la Constitución. Un elemento que forma la esencia de este proceso constitucional es precisamente el defender solamente contenido constitucional o esencial de los derechos fundamentales<sup>22</sup>. De modo que aquel precedente vinculante que establece que podrá atenderse vía amparo la protección del contenido legal de un derecho, se adscribirá a la Constitución solamente desde un plano formal, pues desde una dimensión material la norma en la que consiste el precedente es inconstitucional al desnaturalizar al proceso de amparo recogido en la disposición 200.2 de la Constitución.

### **Norma constitucional inconstitucional por manifiestamente ser contraria al mandato constituyente sobre los Jueces y Fiscales no ratificados**

El otro caso que aquí será mencionado es aún más notable por su carácter manifiesto. Me refiero a la norma constitucional adscrita que es posible concluir desde la regla sustancial formulada como precedente vinculante en la sentencia al EXP. N.º 1333–2006–PA/TC:

---

<sup>21</sup> EXP. N.º 0206-2005-PA/TC, Fundamento 20.

<sup>22</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad”, en *Pensamiento constitucional*, Fondo editorial de la PUCP, N.º 15, 2011, ps. 51-83.

“Regla sustancial: El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2º, con el numeral 2.2º, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial”<sup>23</sup>.

Esta regla puede ser presentada también en los términos deónticos siguientes:

**N25.b:** Está permitida la postulación al Poder Judicial y al Ministerio Público de los jueces y fiscales no ratificados.

Esta regla jurídica se adscribe a la disposición 154.2 de la Constitución al punto que la modifica: el texto que decide que no pueden regresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público, es interpretado precisamente al revés, mandándose que tales magistrados sí pueden regresar. Y esta interpretación contenida en N25b es manifiestamente inconstitucional no porque disponga lo contrario que se concluye desde el texto de la mencionada disposición, pues, bien es verdad que los textos se han de interpretar<sup>24</sup>; sino porque es manifiestamente incorrecta su justificación. Para el Tribunal Constitucional debido a que los Jueces y Fiscales destituidos sí pueden regresar al Poder Judicial y al Ministerio Público, iría contra la esencia de la ratificación y quebraría el mandato constitucional de igualdad, si la posibilidad de regreso se negase a los Jueces y Fiscales no ratificados<sup>25</sup>. Esta es una razón sumamente débil que la hace jurídicamente incapaz de justificar nada.

Cuando el constituyente peruano regula el caso de los Jueces y Fiscales destituidos (artículo 154.3 de la Constitución), no dice nada acerca del regreso de estos magistrados al Poder Judicial y al Ministerio Público, por lo que es posible asignar dos significados: uno es

<sup>23</sup> EXP. N.º 1333–2006–PA/TC, Fundamento 25.b.

<sup>24</sup> Es el caso, por ejemplo, del artículo 142 de la Constitución desde el que ha sido concluida una norma constitucional adscrita en los términos siguientes:

**Artículo 142:** No son revisables en sede judicial las resoluciones (...) del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, *salvo que se agredan las garantías del debido proceso, en cuyo caso será procedente un amparo constitucional.*

Esta norma constitucional la ha creado el Tribunal Constitucional a través de los precedentes vinculantes establecidos en la sentencia al EXP. N.º 3361–2004–AA/TC.

<sup>25</sup> EXP. N.º 1333–2006–PA/TC, Fundamentos 5 a 7.



que los mencionados magistrados sí pueden regresar al Poder Judicial o al Ministerio Público; y el otro es que no puedan hacerlo. Asimismo, cuando el Constituyente regula el caso de los Jueces y Fiscales no ratificados (artículo 154.2 de la Constitución), expresamente decide que no pueden regresar ni al Poder Judicial ni al Ministerio Público. Esta disposición admite un único significado que coincide con el significado gramatical de la disposición: los Jueces y Fiscales no ratificados tienen la prohibición de regresar al Poder Judicial y al Ministerio Público.

Si para los Jueces y fiscales no ratificados rige la constitucional prohibición de regreso, entonces, lo que corresponde es entender que entre los dos posibles significados del artículo 154.3 de la Constitución, nos hemos de decantar por el segundo: que no pueden regresar ni al Poder Judicial ni al Ministerio Público los Jueces y Fiscales destituidos. Es decir, el punto de apoyo e inicio de la justificación no debe de ser el supuesto de los Jueces y Fiscales destituidos para asumir indebidamente que sí pueden regresar, para a partir de allí intentar encontrar una interpretación para los Jueces y Fiscales no ratificados; sino que lo exigido es precisamente lo contrario: ya que los Jueces y Fiscales no ratificados no pueden regresar, tampoco podrán regresar los destituidos.

### ***Precedentes vinculantes establecidos o modificados a través de resoluciones aclaratorias***

Finalmente, se hará mención a una incorrección más. Se trata de casos en los que el Tribunal Constitucional decide crear o modificar un ya creado precedente vinculante a través de una resolución de aclaración. No parece serio, por decir lo menos, que se emplee una resolución de aclaración para decidir acerca de los precedentes vinculantes, no tanto porque no se condiga con el texto del artículo VII del Código Procesal Constitucional, sino –y principalmente- porque dice mal acerca de la actuación del Tribunal Constitucional en desmedro de la institución misma: o no tuvo la seriedad para establecer los precedentes que ameritaban ser declarados como tales en la sentencia emitida; o no tuvo la seriedad para contenerse y no declarar como precedentes algo que realmente no tiene la trascendencia para ser presentado como precedentes.

Un caso de creación de precedentes vinculantes lo representa la resolución de aclaración a la sentencia al EXP. N.º 2791–2005–PA/TC, en la que el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

“Que, asimismo, se omitió de manera involuntaria señalar que la sentencia de autos, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del

Código Procesal Constitucional, tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los poderes y organismos públicos”<sup>26</sup>.

Mientras que un caso de modificación de precedentes lo representa la resolución que aclara la sentencia al EXP. N.º 4635-2004-AA/TC. En la sentencia se había elevado al nivel de precedente vinculante el contenido del fundamento 28, desde el cual es posible concluir una norma constitucional adscrita en los términos siguientes:

**N28:** Está ordenado que para el caso de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias, y debe considerar una jornada semanal razonable atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros.

Mediante el fundamento 15 de la resolución de aclaración se modifica esta norma, de modo que N28 queda presentada así:

**N15:** Está permitido instaurar jornadas acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros, cuando se cumpla copulativamente las condiciones siguientes: a. La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; b. Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera; c. Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria; d. Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado; si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna. Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición: f. Si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo”.

N15 no es una aclaración de N28, sino una modificación en toda línea porque crea una excepción a la jornada de ocho horas diarias como jornada máxima de los trabajadores mineros. En efecto, bien vistas las cosas, N28 significaba un límite para instaurar jornadas

---

<sup>26</sup> Resolución de aclaración a la sentencia al EXP. N.º 2791-2005-PA/TC, punto 3.



acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros; límite al que se le crea una excepción a través de N15.

### CONCLUSIONES

No ha sido el propósito de estas páginas el estudio de la naturaleza de los precedentes vinculantes. No obstante, y desde una concepción meramente formal que se inicia desde el artículo VII del Código Procesal Constitucional, es posible concluir que *lo ordenado* al Tribunal Constitucional es que él mismo formule la regla jurídica cada vez que cree un precedente vinculante. No sirve ni la determinación de los fundamentos jurídicos a partir de los cuales se concluirán los precedentes y mucho menos declarar que enteramente una sentencia ha alcanzado la posición de precedente vinculante. El cumplimiento de esta exigida obligación le habría ahorrado en general al sistema constitucional y en particular al Tribunal Constitucional, incurrir en una serie de incorrecciones algunas de las cuales han sido aquí puestas de manifiesto.