



PODER JUDICIAL VERSUS PODER
EJECUTIVO: ¿SE EXTRALIMITÓ EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU
SENTENCIA AL EXPEDIENTE 0006–
2006–PC/TC: CASO CASINOS Y
TRAGAMONEDAS?

Luis Castillo-Córdova

Perú, febrero de 2008

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

SOBRE LAS EXTRALIMITACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU
SENTENCIA AL EXPEDIENTE 0006-2006-PC/TC

PRIMERA PARTE

I. UNA CUESTIÓN PREVIA

A lo largo de las páginas siguientes se analizará la actuación del Tribunal Constitucional en la sentencia al EXP N.º 006-2006-PC/TC a fin de determinar si ha incurrido o no en excesos. En esta línea, la primera cuestión necesariamente es la de determinar si efectivamente el Supremo intérprete de la Constitución puede incurrir en inconstitucionalidad. En la sentencia que ahora se analiza, ha manifestado el Tribunal Constitucional que **“si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo”**¹.

Si se admite que al Tribunal Constitucional le corresponde decir en última instancia lo que es o no constitucional, necesariamente se ha de admitir que lo que él resuelva no puede ser considerado inconstitucional. Las resoluciones del Máximo intérprete de la Constitución no **podrían ser consideradas inconstitucionales, entre otras razones, porque “las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad”**².

¿Es esto así? Hay argumentos para sostener la siguiente posición: las resoluciones del Tribunal Constitucional pueden contradecir el texto o el espíritu de la Constitución. Esta contradicción es posible de ocurrir materialmente, aunque nunca formalmente. Es decir, las resoluciones del Supremo intérprete de la Constitución serán siempre formalmente constitucionales aunque pueden ser materialmente inconstitucionales. Que sean formalmente constitucionales significa que las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser cuestionadas en su constitucionalidad por ningún procedimiento, ni interno ni internacional. En el ámbito interno significa que no existe ningún procedimiento ni judicial ni político destinado a dejar sin efecto lo decidido por el Alto Tribunal, aunque sin duda pueden ser sancionados judicial y políticamente. En el ámbito internacional significa que tanto en el sistema universal como en el regional, no se cuestiona la constitucionalidad de una resolución porque el Tribunal internacional juzgará no con base a la norma

¹ EXP N.º 006-2006-PC/TC, de 13 de febrero de 2007, F. J. 52.

² Idem., F. J. 62.



constitucional peruana, sino con base a la norma internacional vinculante para el Perú. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta condenará al Estado peruano (no al Tribunal Constitucional), por violación de la Convención americana de Derechos humanos (no de la Constitución peruana).

Que sea posible que materialmente contravenga la Constitución significa admitir que los magistrados que conforman el Alto Tribunal son personas falibles, que pueden llegar a interpretar en contra de la Constitución. El hecho de formar parte de la Máxima instancia de control de la Constitucionalidad, del órgano supremo de interpretación de la Constitución, no les proporciona la infabilidad en el no siempre sencillo proceso de interpretación y concreción de los mandatos (generales y abiertos) de la norma constitucional.

Sustentada la posibilidad de que una resolución del Tribunal Constitucional pueda incurrir en inconstitucionalidad (material), corresponde examinar si la interpretación y decisión adoptadas en la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC es o no una sentencia materialmente inconstitucional. Si se logra argumentar esto último con base en razones fuertes, habrá que reconocer que el Máximo Tribunal de la Constitución se ha excedido en el ejercicio de sus funciones. A continuación manifestaré una serie de razones dirigidas en ese sentido.

II. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL³

1. *La ratio decidendi y el obiter dicta*

Es importante diferenciar las dos modalidades de control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional puede realizar. La primera es el control concentrado y se realiza a través del proceso de inconstitucionalidad. La segunda es el control difuso y lo puede realizar en los otros procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, de cumplimiento y de conflicto de competencias). En ejercicio del control de la constitucionalidad, tanto en una como en otra modalidad, el Tribunal Constitucional emite sentencias. Las sentencias están conformadas por unos fundamentos y por un fallo. El fallo es la parte de la sentencia en la que se contiene la decisión al conflicto de relevancia jurídica presentada en la demanda y debatido en el proceso. Los fundamentos, que son el sustento del fallo, pueden ser *ratio decidendi* u *obiter dicta*. Las *ratio decidendi* o “razón suficiente” según el Tribunal Constitucional, ha sido definida como aquella parte de la sentencia en la que se “**expone una formulación general del principio** o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional”⁴. **Con otras palabras, es “aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*”**⁵.

Mientras que los *obiter dicta*, llamados por el Supremo intérprete de la Constitución como “razón subsidiaria o accidental”, ha sido definida como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo

³ Sobre este tema se podrá consultar en CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *La justicia del Estado constitucional. Estudios acerca del Tribunal Constitucional peruano*, Capítulo III, en prensa.

⁴ EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, primera consideración previa.

⁵ *Ibidem*.

imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan”⁶. La finalidad de los *obiter dicta* es “proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen (...) orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos”⁷.

2. Vinculación de la *ratio decidendi*

No hay duda de que el fallo –provenga de cualquier proceso constitucional que resuelva como última o única instancia por el Tribunal Constitucional– vincula, ya sea con efecto *erga omnes* o *inter partes*, dependiendo de la naturaleza del proceso mismo. La cuestión se plantea, sin embargo, respecto de los fundamentos. Como se ha dicho, éstos pueden ser *ratio decidendi* u *obiter dicta*. La vinculación y obligatoriedad de cumplimiento predicada del fallo se extiende también a lo que a él se encuentra vinculado de modo estrecho e imprescindible: *la ratio decidendi*. Según el Tribunal Constitucional “[s]on las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento (obiter dicta)*”⁸; de modo que “el carácter vinculante de las sentencias de este Tribunal, (...) no sólo se extiende al fallo, sino a su *ratio decidendi*, es decir, a aquellas motivaciones y argumentos que le permiten concluir en la decisión final del proceso”⁹.

La pregunta que se ha de formular inmediatamente es la siguiente: ¿esta vinculación es absoluta? Si se toma en consideración que el juez lo es de casos concretos, entonces, no se le podrá desconocer la capacidad de enjuiciamiento de las concretas circunstancias de los casos que conoce a fin de que él decida si al caso le es o no aplicable el criterio jurisprudencial contenido en la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional. De modo que al juez se le ha de reconocer la capacidad para decidir la inaplicación del criterio jurisprudencial contenido en una *ratio decidendi* en los casos que determine razonadamente que las circunstancias del supuesto que examina son distintas a las del caso respecto del cual se formuló la *ratio decidendi*. Si no se permitiese este apartamiento, entonces se estaría condenando al juez a aplicar siempre un criterio jurisprudencial al margen de las circunstancias concretas y, por tanto, al margen también de la justicia en la solución del caso concreto.

Repárese en el hecho de que al juez se le reconoce la capacidad de examinar las circunstancias de los casos futuros que conoce a fin de determinar si su configuración fáctica exige o no la aplicación del criterio hermenéutico dispuesto en la *ratio decidendi*. Al juez no se le reconoce la capacidad de modificar el criterio interpretativo, de modo que siempre que el criterio sea aplicable deberá aplicarlo en la solución del caso. En este sentido la vinculación es absoluta: siempre que el criterio sea aplicable al caso concreto, el juez no podrá inaplicarlo. Obviamente, si el juez considera que la *ratio decidendi* no es aplicable al caso que conoce, tendrá que argumentarlo y además de modo suficiente y con argumentos fuertes. Si no es posible argumentar la inaplicación del criterio jurisprudencial, o habiendo razones para la inaplicación el juez no lo argumenta, y en uno y otro caso resuelve al margen

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ EXP. N.º 4119–2005–PA/TC, citado, F. J. 12.

⁹ EXP. N.º 0012–2005–PI/TC, de 26 de septiembre de 2005, F. J. 4.



del criterio contenido en la *ratio decidendi*, entonces, el juez habrá incurrido en inconstitucionalidad.

3. Vinculación del *obiter dicta*

Cambia el asunto respecto de los *obiter dicta*, los cuales “tiene[n] fuerza persuasiva”, “se justifican por *razones pedagógicas u orientativas*”, se presentan como un medio “para *proponer respuestas* a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen” en un proceso constitucional, y su finalidad “es *orientar la labor operativa* del derecho mediante la manifestación de criterios que *pueden ser utilizados* en la interpretación jurisdiccional”, de modo que “establece un criterio pro persuasivo o admonitorio”¹⁰. Si el criterio hermenéutico contenido en un *obiter dicta* es meramente *orientativo*, e intenta *persuadir* al intérprete para su adopción, entonces significará que es posible que el intérprete no se vea inducido a seguir el criterio hermenéutico y que su labor no termine orientándose según el *obiter dicta*. Esto presupone reconocer en el intérprete la facultad de discutir el contenido del *obiter dicta*, sólo así podrá luego rechazarlo. Si no pudiese cuestionar su contenido, no tendría otra opción más que seguirlo, convirtiéndose la persuasión en obligación, y la orientación en vinculación necesaria.

De forma que la vinculación del *obiter dicta* significa las dos siguientes consecuencias. La primera es que el juez podrá no aplicar el criterio hermenéutico a un caso concreto cuando considere que las circunstancias que definen el caso son distintas a las que definieron el caso respecto del cual se formuló el *obiter dicta*. La segunda es que aún en el supuesto que el juez decida que el caso que conoce es sustancialmente igual al caso respecto del cual se formuló el *obiter dicta*, podrá apartarse de éste por considerarlo incorrecto, incompleto o sencillamente cuestionable. A diferencia de lo que ocurriría con las *ratio decidendi* en las que el juez se vinculaba necesariamente al criterio interpretativo de modo que no podía discutirlo, en el caso de los *obiter dicta* el juez podrá cuestionar la interpretación contenida en el *obiter dicta* y alejarse de ella.

4. Los precedentes vinculantes

Si los fundamentos en una sentencia constitucional se han de dividir en *ratio decidendi* u *obiter dicta*, una cuestión adicional es la referida a determinar quien es el encargado de diferenciar unas de otras. Nada nos dice al respecto ni las normas constitucionales ni legales pertinentes, sin embargo, si reparamos en que la sentencia constitucional contiene el juicio que sobre un asunto –concreto o general– realiza el Tribunal Constitucional, entonces, se podría advertir que éste es el órgano que tendría que tener el encargo de separar las razones suficientes de las razones subsidiarias. Nadie mejor que él, que es quien formula la decisión, para determinar las razones que han influido y constituyen la motivación imprescindible de su fallo y lo que no. Sin embargo, junto a esta innegable aptitud del Tribunal Constitucional para diferenciar unas razones de otras, existe otra situación igualmente innegable: la sentencia una vez emitida por el Tribunal Constitucional adquiere independencia respecto de éste, será interpretada y aplicada por los operadores jurídicos –en particular por los jueces del Poder Judicial– en casos o litis posteriores a aquella que le dio origen.

Esta doble constatación permite afirmar la siguiente regla: en los casos en los que el Tribunal Constitucional haya establecido que determinadas razones son *ratio decidendi*, esas valdrán como tales y vincularán como tales a los operadores jurídicos, en particular a los jueces del

¹⁰ Todas las citas se recogen del EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, primera consideración previa. La cursiva de la letra es añadida.

Poder Judicial; si, por el contrario, el Supremo intérprete de la Constitución no ha manifestado nada al respecto en su sentencia constitucional, entonces será el operador jurídico –en particular los jueces del Poder Judicial– los encargados de establecer cuales han sido las razones suficientes que constituyen la base del fallo. La manera que tiene el Tribunal Constitucional de establecer las razones suficientes es a través de la figura de los precedentes vinculantes. De modo que en una sentencia en la que el Máximo Tribunal de la Constitución no haya expresamente diferenciado entre razones suficientes y razones accesorias, le corresponde decidir al juez del Poder Judicial¹¹.

5. Los artículos V y VI del Código Procesal Constitucional

A) El artículo V

En este contexto deben ser interpretados los artículos V y VI del Código Procesal Constitucional. En lo que respecta al control concentrado de la constitucionalidad, es sencillo **sostener que “[l]os Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad” (segundo párrafo del artículo V CPConst.)**. Lo cual significa que si un precepto de una ley no fue cuestionado en su constitucionalidad, de modo que sobre él no hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el juez podrá examinarlo en su constitucionalidad a fin de decidir su aplicación o no en un caso futuro. También significa que el juicio de constitucionalidad que sobre un dispositivo legal formule el Tribunal Constitucional lo hará siempre en referencia a determinados preceptos constitucionales, de modo que es posible que el juez concluya que respecto de otras normas constitucionales ese mismo precepto resulta siendo inconstitucional.

Menos sencillo de interpretar es el mandato por el cual **“[l]os Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (tercer párrafo del artículo VI CPConst.)**. Teniendo en consideración lo explicado anteriormente, esta norma debe ser interpretada de la siguiente manera. Cuando los magistrados del Poder Judicial deban aplicar leyes o reglamentos para resolver un caso concreto, deberán hacerlo interpretándolas según las disposiciones constitucionales. En la medida que éstas son normalmente abiertas e imprecisas, necesitadas de concreción, la interpretación que de ellas realice el órgano judicial debe ajustarse a los criterios interpretativos que sobre esos preceptos constitucionales haya manifestado el Tribunal Constitucional. En última instancia, el juez deberá interpretar según las interpretaciones formuladas por el Supremo intérprete de la Constitución.

Las interpretaciones, como se ha explicado antes, pueden estar contenidas en una *ratio decidendi* o en un *obiter dicta*. En uno y otro caso, como se argumentó, el juez no pierde su independencia de juzgar el caso concreto que conoce. Ante una sentencia en cuyos fundamentos no se ha establecido ningún precedente vinculante, el juez decide cuales de los

¹¹ En este contexto, me parece, debe ser interpretada la siguiente afirmación: “la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente. Esta es una consideración básica que se deriva de la estructura del derecho como una *praxis* jurídica compleja. Sólo el juez posterior puede evaluar cuales son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores (...) De este modo, sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cual fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 179.



argumentos es *ratio decidendi* y cual es *obiter dicta*. Respecto de las interpretaciones contenidas en los primeros el juez no puede cambiar el contenido de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional, pero sí decidirá si ese criterio es o no aplicable al caso concreto que tiene que resolver. Respecto de las interpretaciones contenidas en los *obiter dicta*, el juez podrá concluir una interpretación distinta a la presentada por el Tribunal Constitucional, y aunque concuerde con el criterio interpretativo formulado por el Alto Tribunal, podrá decidir no aplicarlo al caso concreto que examina debido a que no es un caso sustancialmente semejante al que dio origen al criterio interpretativo. En uno y otro caso, el juez siempre mantiene un marco de acción dentro del cual ejercer su función jurisdiccional.

B) El artículo VII

En este dispositivo legal se ha establecido que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”. Como antes se ha argumentado, cuando el Tribunal Constitucional dispone en su propia sentencia que determinada interpretación es precedente vinculante, el juez necesariamente deberá asumirla como *ratio decidendi*. El juez pierde su capacidad para decidir si se encuentra ante una *ratio decidendi* o ante un *obiter dicta*, y necesariamente debe asumirlo como lo primero. Consecuentemente, el juez no podrá interpretar distinto a como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante, sino que necesariamente deberá sujetarse a lo establecido en él. Sin embargo, el juez no deja de ser juez del caso concreto y no pierde la facultad de examinar si el caso que tiene por resolver es o no sustancialmente semejante al supuesto de hecho respecto del cual se formuló el precedente vinculante. De modo que si decide con argumentos fuertes que no lo es, puede resolver el asunto sin aplicar el precedente vinculante aunque sin alterar el contenido del mismo.

III. ANÁLISIS¹²

Una vez definido el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, corresponde analizar el proceder del Alto Tribunal en la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC.

1. Los jueces podían evaluar la constitucionalidad de preceptos de la Ley 27153 y de la ley 27796

De la argumentación dada anteriormente es posible afirmar que no es verdad que los jueces del Poder Judicial se encontraban impedidos de evaluar la constitucionalidad de los preceptos tanto de la Ley 27153 como de la Ley 27796 (y por añadidura los de la Ley 28945). En efecto, los jueces podían examinar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 que no fueron confirmados en su constitucionalidad en sentencia EXP. N.º 0009–2001–AI/TC. Podían también evaluar la constitucionalidad de los preceptos de la ley 27153 confirmados en su constitucionalidad en la referida sentencia, siempre y cuando el juicio de constitucionalidad se realice con respecto a normas de la Constitución distintas a las que

¹² Un análisis extenso de los errores y excesos que sobre la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC en los que ha incurrido el Tribunal Constitucional puede encontrarse en CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número 4, abril 2007, ps. 573–601. Este artículo también fue publicado en *¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 77, julio 2007, ps. 19–45. Finalmente, será publicado en el libro coordinado por GARCÍA BELAUNDE, Domingo.

¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, Cuadernos de análisis Jurisprudencial 4, Palestra del Tribunal Constitucional, ps. 155–190.

sirvieron de parámetro al Tribunal Constitucional para confirmar la constitucionalidad de los preceptos legales. De igual forma podían examinar la constitucionalidad de la Ley 27796, ya que esta no ha sido objeto de cuestionamiento a través de una demanda de inconstitucionalidad tal y como lo exige el segundo párrafo del artículo VI CPConst., sin embargo, el juicio de constitucionalidad que sobre ella realicen los jueces debe sujetarse a los criterios jurisprudenciales presentados por el Tribunal Constitucional en los fundamentos a la sentencia EXP. N.º 0009–2001–AI/TC, en lo que sea pertinente por así exigirlo el tercer párrafo del artículo VI CPConst.

La única posibilidad que los jueces del Poder Judicial se hayan extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional es si en las sentencias declaradas nulas o sin efecto por el Tribunal Constitucional hubiesen concurrido los siguientes dos elementos. Primero, si es que han inaplicado los preceptos de la Ley 27153 que han sido declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional; y segundo, si la inaplicación ha sido con base a los mismos artículos de la Constitución que fueron empleados por el Supremo intérprete de la Constitución para declarar la constitucionalidad de los referidos preceptos. Estas mismas dos exigencias pueden formularse respecto de la Ley 27796 en aquellos preceptos que no modifiquen sustancialmente la Ley 27153, porque si los modifican sustancialmente no existe ningún obstáculo para permitir el examen de constitucionalidad (control difuso) de la Ley 27796 (y por añadidura de la Ley 28954) ya que no habría duda de que el juez se encontraría ante el dispositivo en su texto modificado no sólo no confirmado en su constitucionalidad, sino además, respecto del cual no puede hacerse extensiva la confirmación de constitucionalidad formulada a su texto originario.

¿Cumplen esta única posibilidad las sentencias emitidas por los magistrados del Poder Judicial que han sido cuestionadas e invalidadas a través de la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC? De la lectura de las fundamentaciones y del fallo de esta sentencia es posible concluir que no es posible saberlo. En el fallo de la referida sentencia, se incorporan dos listas de sentencias judiciales¹³. En lo que respecta a las sentencias de la segunda lista, no existe ninguna referencia concreta a la sentencia EXP. N.º 0009–2001–AI/TC, con lo que no es posible saber si efectivamente los jueces se han extralimitado en el ejercicio de su función. Y en lo que respecta a la primera lista, sí existen referencias concretas al EXP. N.º 0009–2001–AI/TC, pero son referencias –manifiesta e inconstitucionalmente– insuficientes para saber si se ha verificado la única posibilidad en la que los jueces se habrían podido exceder.

Sin embargo, lo más probable es que el Tribunal Constitucional al no haber hecho las necesarias distinciones acerca de lo que en la sentencia al EXP. N.º 0009–2001–AI/TC era y no era vinculante a los jueces, ha terminado declarando nulas sentencias judiciales por el sólo hecho de inaplicar algún precepto de la Ley 27153 (y su modificatoria Ley 27796), cuando esos preceptos habían sido correctamente inaplicados por no haber sido confirmados en su constitucionalidad, o por haberlo sido en referencia a disposiciones constitucionales distintas. Esta probabilidad adquiere ribetes de certeza si se recuerda que el referido Tribunal había incurrido en el gravísimo error de creer que con la sentencia EXP. N.º 0009–2001–AI/TC se había confirmado la constitucionalidad de todas las disposiciones de la Ley 27153 que no hubieron sido declaradas inconstitucionales.

El panorama se complica y mucho si se repara en que el Tribunal Constitucional ha declarado nulas también todas las resoluciones judiciales que aunque no estén detalladas en

¹³ El Tribunal Constitucional no presenta ningún criterio que justifique o al menos que haga mínimamente entendible esta división en dos listas.



la lista “**hayan sido dictadas contraviniendo** la sentencia 009–2001–AI/TC”¹⁴. Para el mencionado Tribunal, en la medida que ha afirmado que todas las disposiciones de la Ley 27153 (y sus modificatorias) no declaradas inconstitucionales han sido confirmadas en su constitucionalidad, serán resoluciones judiciales que contravienen la sentencia EXP. N.º 0009–2001–AI/TC, todas aquellas resoluciones que inapliquen –sea por la razón que fuese– cualquier dispositivo de la referida ley.

2. *¿Inobservancia del precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional?*

Cabe preguntarse si los jueces del Poder Judicial han incurrido en un ejercicio extralimitado de la función judicial a la hora de inaplicar el artículo 17, Primera y Décima disposición transitoria de la Ley 27796, debido a que según la sentencia al EXP. N.º 4227–2005–AA/TC, constituía precedente vinculante la confirmación de constitucionalidad de estos preceptos legales. A esto se responde diciendo que los referidos preceptos de la Ley 27796 no han sido declarados constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, por lo que no puede reconocérsele un efecto *erga omnes*, propio del producto jurisprudencial recogido en el segundo párrafo del artículo VI CPConst. Asimismo, la constitucionalidad examinada y declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia EXP. N.º 4227–2005–AA/TC ha sido en referencia a las concretas circunstancias del demandante de amparo. De modo que esta constitucionalidad podría extrapolarse solamente a otros casos sustancialmente semejantes. En este contexto, es el juez del Poder Judicial el que tiene que examinar y decidir cuales casos futuros son sustancialmente semejantes.

Como consecuencia de esto, no es verdad –como mal refiere el Tribunal Constitucional–¹⁵ que haya quedado proscrita la inaplicación de los artículos 17, Primera y Décima disposición transitoria de la Ley 27796 para los casos futuros. El juez ha mantenido plenamente la facultad de revisar la constitucionalidad de estos dispositivos y –eventualmente– inaplicarlos, de manera que el juez no ha incurrido en inconstitucionalidad por exceso en el ejercicio de su función jurisdiccional, cuando ha declarado inaplicables algunos de estos preceptos legales en las demandas de amparo resueltas con posterioridad a la sentencia EXP. N.º 4227–2005–AA/TC.

Sólo hay una posibilidad en la que este exceso se hubiese podido configurar, y es cuando el juez del Poder Judicial habiendo reconocido un caso como sustancialmente semejante al caso que da origen al precedente vinculante, no ha aplicado el precedente vinculante. Es decir, cuando no existe ninguna justificación para apartarse de la línea marcada por el precedente vinculante. Pero esto tampoco es posible concluirlo de la sentencia EXP. N.º 0006–2006–PC/TC. Sin embargo, es posible sospechar que el Tribunal Constitucional ha pasado por encima del respeto de la función de *judicial review* de los jueces, para decidirse a anular toda sentencia judicial por el mero hecho de que en su fallo se disponía la inaplicación del artículo 17, Primera o Décima disposición transitoria de la Ley 27153, sin realizar ninguna otra consideración. Muy por el contrario, lo más probable es que no se trate de una mera posibilidad, sino que esto haya ocurrido realmente, pues para el Alto Tribunal ha quedado *proscrita de manera absoluta* la inaplicación de los referidos preceptos legales por parte de los jueces.

Pero las cosas van un poco más allá al comprobarse que el Supremo intérprete de la Constitución lleva a extremos irracionales este afán de proscribir de modo absoluto la inaplicación de los referidos preceptos de la Ley 27796. En efecto, no repara el Alto Tribunal

¹⁴ EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, citado, parte final del punto 1 del fallo.

¹⁵ Idem, F. J. 31.

en que si el precedente vinculante realmente “es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general”¹⁶, la cual “se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”¹⁷, entonces su aplicación no puede ser retroactiva, sino que su fuerza de precedente se manifiesta a partir precisamente del momento en que llega a existir el precedente como tal y no antes, es decir, el precedente “deviene en parámetro normativo para la resolución de *futuros procesos de naturaleza homóloga*”¹⁸, no para los anteriores.

Por eso, salvo se admita que se está ante un acto manifiesta y plenamente irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas hasta del 15 de febrero de 2006, día en el que la sentencia EXP. N.º 4227–2005–AA/TC fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”¹⁹. Se podrá comprobar que de las sentencias judiciales anuladas o dejadas sin efecto no sólo existen resoluciones de fechas anteriores aunque próximas a la mencionada fecha de publicación (noviembre 2005, febrero 2005, enero 2005), sino que existen también sentencias judiciales expedidas varios años antes de formulado el precepto vinculante (septiembre de 1997, y mayo de 1998), cuando ni tan siquiera estaba prevista esta figura en el ordenamiento jurídico peruano²⁰. Hasta el 15 de febrero de 2006 los jueces con mucha más razón y legitimidad constitucional podían aplicar control difuso sobre los artículos referidos de la Ley 27796.

IV. LAS CONCLUSIONES

A nadie escapa que el Tribunal Constitucional ha lanzado un manto de duda sobre la preparación cuando no sobre la honestidad de todos los magistrados del Poder Judicial cuyas resoluciones han sido dejadas sin efecto en la sentencia que ahora se analiza. El razonamiento es bien simple: si el referido Tribunal ha fallado que no se puede inaplicar la Ley 27153 y la Ley 27796, y los jueces han inaplicado una y/u otra a empresas que explotan juegos y casinos, entonces o esos jueces han sido comprados por intereses del poder económico o, sencillamente, son manifiestos ignorantes del Derecho. Estos son los extremos de una injusta disyuntiva originada por la deficiencia argumentativa del Tribunal Constitucional, al no considerar y argumentar si el ejercicio de la función de control difuso de los jueces del Poder Judicial en cada uno de los procesos de amparo y de cumplimiento en los que decidía inaplicar las leyes 27153 y 27796 (y la 28945) ha sido o no constitucionalmente correcto. De modo que si tan manifiesta ha sido la ilegítima e inconstitucional actuación de los jueces y vocales del Poder Judicial en este asunto, entonces sólo quedaría reprochar en todos ellos su tozuda ignorancia y/o su insalvable vocación de corrupción.

Sin embargo, como finalmente se ha hecho notar a lo largo de estas páginas, no sólo no ha sido manifiesta la ilegitimidad e inconstitucionalidad del actuar de los magistrados del Poder Judicial como ha pretendido el Tribunal Constitucional, sino que además existen razones jurídicas suficientes para pensar que la actuación judicial se ha desenvuelto dentro de sus

¹⁶ Idem, parte final del punto 1 del fallo.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem. La cursiva de la letra es añadida.

¹⁹ Como se sabe, la sentencia del Tribunal Constitucional en la que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial; y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (artículo 204 CP).

²⁰ Recuérdese que es con el Código Procesal Constitucional de diciembre de 2004 que se introdujo la figura del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano.



cauces constitucionales y, la del Tribunal Constitucional por el contrario, se ha extralimitado incurriendo en inconstitucionalidad al menos material. En uno y otro caso ha preferido el Tribunal Constitucional hacer manifestación de fuerza antes que de razón. Como tiene la fuerza de interpretar de modo vinculante la Constitución, pretende imponer no sólo interpretaciones sino también soluciones de los casos sin consideración de las circunstancias concretas. ¿Para qué molestarse en mostrar razones si el resultado igualmente –e incluso con más efectividad– se puede alcanzar con el ejercicio puro y duro del poder. Sin duda, un reprochable exceso.

SEGUNDA PARTE

1. *Sobre la división de poderes*

Es verdad que el principio de división de poderes, presupuesto del Estado democrático de derecho²¹, no se formula como la atribución exclusiva y excluyente de determinadas funciones a determinados órganos constitucionales. En palabras del Tribunal Constitucional, el mencionado principio “no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado”²². Sin embargo, también es verdad que tanto el número de órganos constitucionales, así como el contenido y alcance de las funciones que podrán ejercer, viene establecido por la norma constitucional. En efecto, ha sido el Constituyente peruano el que ha decidido atribuir determinadas funciones a determinados órganos. Pretender ir más allá o contradecir lo constitucionalmente previsto es sencillamente inconstitucional y, por ello, proscrito del ordenamiento jurídico.

En otro lado tengo argumentado que la decisión del Tribunal Constitucional de atribuir control difuso de la constitucionalidad de las leyes a la Administración Pública²³, más en concreto a “aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten ‘justicia administrativa’ con *carácter nacional*, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”²⁴, más allá de la incoherencia interna que es detectable en su argumentación²⁵, se encuentra la

²¹ EXP. N° 1797–2002–HD/TC, de 29 de enero de 2003, F. J. 11.

²² EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, F. J. 57.

²³ ¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número 4, abril 2007, ps. 573–601.

²⁴ Resolución aclaratoria a la sentencia del EXP. N. 3741–2004–AA/TC, de 13 de octubre de 2006, F. J. 4.

²⁵ Esta incoherencia se manifiesta al momento de circunscribir la titularidad del control difuso de la constitucionalidad sólo a determinados tribunales de la Administración Pública cuando el principal

inconstitucional extensión a determinados órganos de la Administración Pública, de una función sólo reservada –aún con base en una interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 138 CP– para aquellos órganos que tienen atribuida la *iusdictio*. Y, como se sabe y es generalmente admitido, los Tribunales de la Administración Pública tienen atribuidas, en todo caso, funciones *cuasi-judiciales*.

En este contexto he de reafirmar que “[e]l Estado de Derecho empieza a resquebrajarse ahí donde se pretende desconocer los mandatos constitucionales que han separado potestades (facultades y consecuentes deberes) para atribuirlos a órganos constitucionales distintos. El cumplimiento efectivo de la organización constitucional del poder político es la primera exigencia para poder hablar al menos de la existencia material y real de un Estado de Derecho. Nada más que ruina y caos en el Estado constitucional de Derecho puede obtenerse de interpretar extensivamente los dispositivos constitucionales orgánicos que definen potestades y facultades con los consecuentes deberes que de ahí se deriven”²⁶.

2. Sobre la posición jurídica del Tribunal Constitucional

Es verdad que el Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad, ha de ser considerado como Comisionado mayor del poder constituyente²⁷. Esto quiere decir que las interpretaciones que sobre los (normalmente abiertos y generales) dispositivos constitucionales, la realiza de modo supremo: El Tribunal Constitucional es el “supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución”²⁸. **Esto significa reconocer que la interpretación que él formule es “vinculante para los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos”²⁹. En este contexto, tiene dicho que “no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales”³⁰.**

Esto, sin embargo, no debe llevarnos a reconocer en el Tribunal Constitucional un órgano infalible. Los magistrados del Tribunal Constitucional pueden equivocarse, y de hecho se

argumento para hacerlo extensivo ha sido el “deber de respetar el principio jurídico de supremacía de la Constitución, deber que alcanza también a la Administración Pública”, (EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005, F. J. 6). A partir de aquí afirma que “el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos” (7). Pues bien, si el principio de supremacía de la Constitución es general y exigible de todos los poderes públicos; y si se ha de reconocer que una manera de cumplir con ese principio es realizar control difuso la Administración Pública, entonces, ¿cuál es el sustento de sólo limitarlo a los tribunales de alcance nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que declaren derechos fundamentales?

²⁶ ¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?, ob. cit., p. 80.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1991, p. 197.

²⁸ EXP. N.º 02492–2007–PHC/TC, de 29 de agosto de 2007, F. J. 6.

²⁹ EXP. N.º 0004–2004–CC/TC, de 31 de diciembre de 2004, F. J. 19.

³⁰ EXP. N.º 2704–2004–AA/TC, de 5 de octubre de 2004, F. J. 2.e.



equivocan. Lo cual conduce a reconocer –como lo he argumentado en otra oportunidad³¹– que sus resoluciones pueden ser materialmente inconstitucionales, aunque formalmente – debido a que no podrán ser cuestionadas en su constitucionalidad– siempre deberán ser consideradas como constitucionales.

No hay que olvidar que en un Estado constitucional resulta siendo fundamental las razones que sustentan una determinada interpretación de cualquiera de las disposiciones constitucionales, de modo que si es posible presentar unas razones mejores o de mayor fuerza, ellas deben ser presentadas, e incluso prevalecer. Así lo permite el derecho constitucionalmente reconocido de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales (artículo 139.20 CP); y así lo exige un sano compromiso con la corrección en el discurso constitucional y con la institución misma del Tribunal Constitucional³². Por lo que sólo beneficio puede obtenerse de debatir, obviamente, con base a argumentos mejores o más fuertes, las interpretaciones que de las disitntas disposiciones constitucionales formule el Tribunal Constitucional.

Y es que, como ha manifestado el Tribunal Federal Alemán, “la interpretación, especialmente la interpretación constitucional, tiene el carácter de un discurso en el que no pueden ser ofrecidas indudables afirmaciones ni a través de un trabajo perfectamente sistemático ni absolutamente correcto (...), sino que a razones validamente hechas, son opuestas otras razones y finalmente las mejores razones deben prevalecer [*die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen*]”³³. De modo que en un discurso abierto y racional hay que estar también a *la fuerza de los mejores argumentos (die Kraft des besseren Arguments)*³⁴.

3. Sobre la sentencia al EXP. 0006–2006–PC/TC

Es verdad que una resolución judicial firme que ha sido expedida contraviniendo el marco constitucional es una resolución inválida. El principio de cosa juzgada “no es un principio absoluto y sólo llega a configurarse cuando se ha obtenido la resolución final a través de un

³¹ “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 149, abril 2006, ps. 133–139.

³² En este contexto he argumentado que existen razones para sustentar la incorrección de algunas decisiones del Tribunal Constitucional referidas del Legislativo (Cfr. “El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 100, enero 2007, ps. 27–38); del judicial (“¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número 4, abril 2007, ps. 573–601); del Ejecutivo (“Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, noviembre 2006, ps. 31–45); y hasta del Poder Constituyente (“El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial”, en *Jus Jurisprudencia*, número 1, ps. 275–308).

³³ BVerfGE 82, 30 (38).

³⁴ ALEXY, Robert, “Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs”, en ALEXY, KOCH, KUHLEN, RÜßMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 2003, ps. 117–122.

debido proceso³⁵. Y obviamente, emitir una resolución judicial al margen de los precedentes vinculantes cuando esos precedentes eran aplicables al caso concreto resuelto es sencillamente inconstitucional, y la decisión inconstitucional no puede beneficiarse del requisito de inmutabilidad propio de la cosa juzgada. También es verdad que resulta siendo argumentable el conflicto de atribuciones por menoscabo tal y como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en su sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC.

Siendo esto verdad la cuestión a determinar es si los jueces del Poder Judicial cuyas sentencias han sido anuladas por el Tribunal Constitucional en la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, se han excedido en el ejercicio de sus funciones, generando con ello menoscabo en las atribuciones constitucionales del Ejecutivo. No voy aquí a repetir los argumentos que he dado en la primera parte de mi intervención acerca no sólo de la constitucionalidad del proceder de los jueces del Poder Judicial, sino también de los excesos cometidos por el Tribunal Constitucional. Sólo he de reiterar lo siguiente:

a. Los jueces del Poder Judicial no pueden convertirse en la boca muerta que repite el contenido de los precedentes vinculantes (y en general de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). Esta versión moderna del fracasado intento de Montesquieu de convertir al Juez en la boca muerta que repite el texto de la ley, es sencillamente inaceptable. Se ha de intentar conciliar la vinculación que se ha de reconocer a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el principio constitucional de independencia judicial, que proscribía concebir al Juez como autómatas, máquina no pensante programada para aplicar soluciones previas a casos futuros, y que obliga a no olvidar que el Juez lo es de casos concretos. Como lo he argumentado en otro lado, el Juez está obligado con el precedente vinculante en dos sentidos: primero, no puede cambiar la interpretación constitucional que está contenida en el precedente vinculante; y segundo, no puede dejar de resolver el asunto que conoce aplicando el precedente, si se trata de un asunto que encaja en el supuesto de hecho de la regla preceptiva común³⁶ que significa el precedente vinculante. Consecuentemente, frente a un precedente vinculante puede ser constitucionalmente válido que el Juez no lo siga si ocurre que el caso concreto que examina no es semejante para aplicar la interpretación constitucional prevista en el precedente³⁷.

b. Con base a lo dicho en el apartado anterior, es posible afirmar que no es verdad que los jueces del Poder Judicial se encontraban impedidos de evaluar la constitucionalidad de los preceptos tanto de la Ley 27153 como de la Ley 27796 (y por añadidura los de la Ley 28945).

³⁵ Este primer requisito puede entenderse “como la exigencia de resolución con la que se ha terminado el proceso constitucional, independientemente de la instancia a la que se haya llegado. Esto significa que perfectamente puede cumplir este primer requisito la sentencia del juez constitucional en primera instancia, siempre que con ella se haya terminado el proceso. Y esto puede ocurrir cuando no se ha interpuesto recurso alguno contra esa resolución y se ha vencido el plazo para hacerlo”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra, Lima 2006, p. 344.

³⁶ EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, de 10 de octubre de 2005, primera consideración previa.

³⁷ Sobre esto cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Justicia Constitucional. Estudios teóricos y prácticos sobre el Tribunal Constitucional*, Capítulo III, en prensa.



c. El artículo 17, la Primera y Décima disposición transitoria de la Ley 27796 no han sido declarados constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, por lo que no puede reconocérsele un efecto *erga omnes*, propio del producto jurisprudencial recogido en el segundo párrafo del artículo VI CPConst. No ha quedado, por tanto, proscrita la inaplicación de los mencionados preceptos legales.

d. Salvo se admita que se está ante un acto manifiesta y plenamente irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas hasta del 15 de febrero de 2006, día en el que la sentencia EXP. N.º 4227–2005–AA/TC fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”³⁸. Se podrá comprobar que de las sentencias judiciales anuladas o dejadas sin efecto no sólo existen resoluciones de fechas anteriores aunque próximas a la mencionada fecha de publicación (noviembre 2005, febrero 2005, enero 2005), sino que existen también sentencias judiciales expedidas varios años antes de formulado el precepto vinculante (septiembre de 1997, y mayo de 1998), cuando ni tan siquiera estaba prevista esta figura en el ordenamiento jurídico peruano³⁹.

TERCERA PARTE

En esta tercera participación contestaré la réplica que el profesor León Vásquez ha formulado de mi primer texto, y lo haré desde el respeto que profeso por todo colega universitario. Lo haré también siguiendo las tres grandes partes en las que el referido profesor ha agrupado sus argumentos.

V. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

1. *¿Una afirmación equivocada?*

A) Planteamiento de la cuestión

El profesor Jorge León Vásquez ha escrito que es *equivocada* mi siguiente afirmación:

³⁸ Como se sabe, la sentencia del Tribunal Constitucional en la que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial; y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (artículo 204 CP).

³⁹ Recuérdese que es con el Código Procesal Constitucional de diciembre de 2004 que se introdujo la figura del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano.

“salvo que se admita que se está ante un acto manifiesta y plenamente irracional del Tribunal Constitucional, no es posible explicar que se declaren nulas o sin efecto por no ajustarse al precedente vinculante, resoluciones judiciales emitidas hasta [antes] del 15 de febrero de 2006”.

El encabezado del punto 2 del fallo de la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, dice lo siguiente:

“[d]eclarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009–2001–AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227–2005–AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales”

A continuación el Tribunal Constitucional menciona las siguientes seis resoluciones judiciales: la resolución del 12 de septiembre de 1997; la resolución del 22 de mayo de 1998; la resolución del 21 de septiembre de 2001; la resolución del 2 de julio de 2004; la resolución del 17 de enero de 2005; la resolución del 24 de febrero de 2005; y la resolución del 4 de noviembre de 2005.

Pues bien, se califica de *equivocada* mi afirmación con base a lo siguiente:

“si este extremo de la decisión [el punto 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional] se lee conjuntamente con el fundamento 59 de la sentencia no es difícil entender que las resoluciones de los años 1997 y 1998 se dejan sin efecto, no por su contradicción con el precedente o con la sentencia de inconstitucionalidad que son posteriores, sino más bien por el incumplimiento de lo previsto en el artículo 14º de la LOPJ. El mandato que da el TC para que se consideren ambas sentencias, según sea el caso, se refiere como es obvio para las resoluciones de los años 2001, 2004 y 2005. Así, no parece que sea ‘irracional’ la decisión del TC en este extremo del fallo”.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes.

B) Mi afirmación no está equivocada

En el punto 2 del fallo a la sentencia del EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, se recogen tres criterios referidos de la suspensión de los efectos jurídicos de las resoluciones judiciales ahí indicadas. El primero es el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Este criterio tiene un doble significado. Por un lado indica hasta cuando durará la suspensión de los efectos jurídicos de las resoluciones judiciales; y por otro indica el motivo por el cual deben dejarse sin efecto: por la falta de pronunciamiento de la Corte Suprema con base en la consulta establecida en el mencionado dispositivo legal.

El segundo criterio es el precedente vinculante establecido en la sentencia al EXP. N.º 4227–2005–AA/TC; y el tercero es la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC. La pregunta obligada es ¿qué significan estos dos criterios? O si se quiere, ¿cuál es la función que deben desempeñar en la interpretación del punto 2 del fallo? De la mala redacción del encabezamiento de este punto 2, pueden concluirse dos interpretaciones. La primera es que **se declara sin efecto las resoluciones judiciales también (“y considerando”, dice el texto) por las dos sentencias constitucionales ahí mencionadas.** Si se opta por esta interpretación, la



decisión de dejar sin efecto las resoluciones judiciales ahí mencionadas es manifiestamente irracional.

Pero también resulta manifiestamente irracional si se opta por una segunda interpretación: que las dos sentencias constitucionales mencionadas en el punto 2 del fallo actúan como criterios para definir la validez de las resoluciones judiciales que ha de enjuiciar la Corte Suprema. Es decir, al momento que la Corte Suprema deba manifestarse en virtud del artículo 14 LOPJ, tendrá que hacerlo verificando si en las resoluciones judiciales dejadas sin efecto se ha aplicado o no el precedente vinculante contenido en la sentencia al EXP. N.º 4227–2005–AA/TC, y si se ha aplicado o no los dispositivos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales en la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC.

En referencia al precedente, de su contenido se ha de resaltar que

“al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796 (...), en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional (...), dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”⁴⁰.

Según esta segunda interpretación, el Tribunal Constitucional le está diciendo a la Corte Suprema que la revisión de las resoluciones judiciales que haga deberá hacerla tomando en consideración el contenido del precedente vinculante antes referido. ¿Qué sino irracionalidad (entendida como *irrazonable*)⁴¹ puede concluirse cuando se repara en la imposibilidad jurídica y de hecho que hay en el intento de resolver un caso con base en algo recién habido varios años después de ocurrido ese caso? En efecto, todas las seis resoluciones contenidas en el punto 2 del fallo son resoluciones judiciales que fueron expedidas con anterioridad a la sentencia en la que se estableció el precedente vinculante antes mencionado (15 de febrero de 2006). No es racional, más allá de la inconstitucionalidad que pueda estar configurando, pretender que la validez de las resoluciones judiciales dependa de su ajustamiento a un mandato –el precedente vinculante– que no existía al momento de emitirse esas resoluciones judiciales; y más aún, cuando ni tan siquiera se había introducido la figura del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano⁴².

Mi respuesta debería quedar ahí en la medida que en mi afirmación cuestionada arriba trascrita hace referencia al precedente vinculante. Sin embargo, es posible dar un paso más y calificar de irracional –en el sentido antes indicado– la actuación del Tribunal Constitucional también porque pretende que la Corte Suprema aplique lo resuelto en una sentencia (la del EXP. N.º 009–2001–AI/TC, de 29 de enero de 2001) que no estaba vigente al momento en que fueron expedidas dos de las resoluciones judiciales dejadas sin efecto, una del año 1997, la otra de 1998.

⁴⁰ EXP. N.º 4227–2005–AA/TC, de 2 de febrero de 2006, F. J. 43. Cursiva añadida.

⁴¹ Según la Real Academia Española, se tiene lo siguiente. Irracional: “1. adj. Que carece de razón”; irrazonable: “1. adj. No razonable. 2. adj. ant. Que carece de razón”.

⁴² Más de la mitad de las resoluciones dejadas sin efecto, fueron expedidas antes del 1 de diciembre de 2004, fecha en la que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, y con él la figura de los precedentes vinculantes a ser declarados por el Tribunal Constitucional.

2. *Lo concluyente de mis juicios de valor*

Se me ha reprochado también que con base a probabilidades y sospechas haya llegado a una conclusión tan categórica como grave: el Tribunal Constitucional ha hecho manifestación de fuerza antes que de razón en la sentencia al EXP. N.º 006–2006–PC/TC. En este contexto ha escrito el profesor León Vásquez que

“[n]o me parece correcto realizar un análisis jurídico de la mencionada sentencia, por lo menos en cuanto se refiere a la nulidad de las resoluciones judiciales comprendidas en el fallo, con afirmaciones tan categóricas y concluyentes como las que realiza el autor, sin haber tenido los elementos de juicio que sí tuvo el TC al momento de resolver la demanda”.

Mi respuesta es la siguiente. Todos sabemos que las decisiones se toman (deben tomarse) con base a razones. Cuando estas razones faltan o sencillamente son inaceptables por inconsistentes, entonces, la decisión se convierte en arbitraria, y llegará a ser cumplida pero no por su racionalidad interna, sino por la fuerza del órgano de la que emana. La cuestión se desplaza, entonces, a determinar si los fundamentos que le sirven de base al Tribunal Constitucional para adoptar la decisión de anular resoluciones judiciales, son o no racionales.

A) Razones inconsistentes: respecto del cumplimiento de la Ley 27153

No es posible afirmar irracionalidad en el sustento del *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales* como una modalidad de los conflictos de competencia que ha de conocer y resolver en instancia única el Tribunal Constitucional. Donde falla, y además de modo clamoroso a mi modo de ver, es al momento de determinar si la actuación de los jueces y magistrados del Poder Judicial ha menoscabado o no las atribuciones del Ejecutivo (señaladamente del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo). Los argumentos que expone el Tribunal Constitucional son manifiestamente inconsistentes y, por ello, inadmisibles. Esta inconsistencia se manifiesta –en referencia a la Ley 27153– en las siguientes dos afirmaciones.

La primera. Dice el Tribunal Constitucional:

“[e]sta Ley [27153] fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de una demanda de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1º de la Ley 27232, *refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones*”⁴³.

Según el Tribunal Constitucional, el contenido de la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC, tiene dos partes. Una, la declaración de inconstitucionales de los artículos 38.1, 39, Primera y Segunda disposición transitoria; dos, la confirmación de constitucionalidad *de los demás dispositivos* de la Ley 27232. Con base en este contenido, el Tribunal Constitucional afirma que

“los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no

⁴³ EXP. N.º 009–2001–AI/TC, de 29 de enero de 2001, F. J. 30



sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico”⁴⁴.

Quiere esto decir que serán inconstitucionales –y por tanto, habrán menoscabado las atribuciones del Ejecutivo– todas aquellas resoluciones judiciales que *hayan contradicho o que se hayan desvinculado* del contenido de la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC, es decir, que hayan aplicado los preceptos declarados inconstitucionales o que hayan *inaplicado el resto de disposiciones de la Ley 27153*. Buena muestra de que esto es así la da el Tribunal Constitucional cuando dispone en la parte final del punto 1 del fallo, que son anuladas

“[a]demás de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009–2001–AI/TC”⁴⁵.

Pero esto es insostenible porque no es verdad que haya quedado *refrendada la constitucionalidad de las demás disposiciones* de la Ley 27153 que no fueron declaradas inconstitucionales en la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC. Esta es una verdad que se comprueba con la sola atenta lectura de esa sentencia: no todos los preceptos de la mencionada ley son confirmados en su constitucionalidad; y los que lo son lo han sido en referencia a determinado parámetro constitucional. Como ya he dicho, sólo pueden ser consideradas como disposiciones confirmadas en su constitucionalidad, aquellas de la Ley 27153 que han sido efectivamente evaluadas por parte del Supremo intérprete de la Constitución, y serán tales siempre en referencia a determinada norma de la Constitución (de modo que un dispositivo declarado constitucional en referencia a una norma de la Constitución, podría ser inaplicado en un caso concreto por inconstitucional en relación a otra norma de la Constitución). Por lo que no es inconstitucional aquella resolución judicial que ha sido emitida inaplicando un precepto de la Ley 27153 que no ha sido evaluado en su constitucionalidad en la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC, o que al haber sido evaluado y confirmado en su constitucionalidad ha sido inaplicado en referencia a normas de la Constitución diferentes de las que sustentaron la confirmación de constitucionalidad.

Por ejemplo, en su texto original, el artículo 5 de la Ley 27153 tenía dos apartados. En la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC fue examinada y confirmada la constitucionalidad del artículo 5.1 Ley 27153. Dijo el Tribunal Constitucional que era constitucional porque no vulneraba la autonomía administrativa de los gobiernos locales reconocida en el artículo 191 CP. Aplicando el parecer del Tribunal Constitucional se tendría que admitir que son nulas (por inconstitucionales) aquellas resoluciones judiciales que hayan inaplicado el artículo 5.2 de la mencionada Ley. Y nula, por tanto, aquellas resoluciones judiciales que hubiesen permitido el funcionamiento de salas de juego a menos de 150 metros de un hospital o de un cuartel. Sería un exceso inconstitucional anular esa sentencia judicial porque el juez no estaba obligado a aplicar el artículo 5.2 de la Ley no sólo porque ese dispositivo no fue evaluado ni confirmado en su constitucionalidad, sino además porque –dependiendo de las concretas circunstancias– podía llegar a ser inconstitucional. De hecho, actualmente no está prohibido instalar las salas de juego a menos de 150 metros de un hospital o de un cuartel.

La inconsistencia del argumento del Tribunal Constitucional se agrava –si aún era posible un agravamiento–, si se repara en dos circunstancias nada despreciables. La primera es que

⁴⁴ EXP. N.º 006–2006–PC/TC, de 13 de febrero de 2007, F. J. 43.

⁴⁵ Idem., apartado final del punto 1 del fallo.

la Ley 27153 ha sufrido modificaciones. El razonamiento que aquí se ha formulado ha sido elaborado teniendo en consideración el texto original de la Ley 27153 sobre el cual versa la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC. Pero ese texto fue modificado luego por la Ley 27796 y la Ley 28954. Con lo cual, si una resolución judicial inaplica el texto modificado de un artículo de la Ley 27153, no incurre necesariamente en nulidad, porque el texto modificado no fue el confirmado en su constitucionalidad.

La segunda es que el Tribunal Constitucional ha admitido que es posible que un precepto legal cuya constitucionalidad ha sido confirmada en abstracto por él, resulte siendo inconstitucional en su aplicación a un caso concreto. Frente a esta situación, no queda más –como lo hizo el mismo Tribunal Constitucional– que reconocer que el juez puede inaplicar ese precepto legal. Así dijo el Supremo intérprete de la Constitución en relación a los decretos legislativos 939 y 943 que crean y regulan el I. T. F.,

“este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, *si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto* (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la *posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos*, motivo por el cual *los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar* el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados”⁴⁶.

Si la valoración constitucional abstracta puede no coincidir con la valoración constitucional en el caso concreto, ¿cómo declarar nula toda resolución judicial que inaplica preceptos no declarados inconstitucionales de la Ley 27153 sin atender a los fundamentos o razones que ha dado el juez para la inaplicación?

B) Razones inconsistentes: respecto del cumplimiento del precedente vinculante establecido en la sentencia al EXP. N.º 4227–2005–AA/TC

Otra razón por la que el Tribunal Constitucional entiende que determinadas resoluciones judiciales deben ser declaradas nulas por menoscabar las atribuciones del Ejecutivo, son aquellas que han sido expedidas incumpliendo el precedente vinculante contenido en la sentencia al EXP. N.º 4227–2005–AA/TC:

“dichos preceptos [artículo 17, y la Tercera y Décima disposiciones transitorias de la Ley 27796] *resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces* en ejercicio del control difuso de *constitucionalidad de las normas*”⁴⁷.

Al punto que ha fallado la nulidad

⁴⁶ EXPS. N.º 0004–2004–AI/TC, N.º 0011–2004–AI/TC, N.º 0012–2004–AI/TC, N.º 0013–2004–AI/TC, N.º 0014–2004–AI/TC, N.º 0015–2004–AI/TC, N.º 0016–2004–AI/TC, y N.º 0027–2004–AI/TC (ACUMULADOS), de 21 de septiembre de 2004, F. J. 23. La cursiva de la letra es añadida.

⁴⁷ EXP. N.º 4227–2005–AA/TC, citado, F. J. 43. La cursiva de la letra es añadida.



“[a]demás de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido **dictadas contraviniendo (...) el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227–2005–AA/TC por el Tribunal Constitucional**”⁴⁸.

Según el Tribunal Constitucional deben ser declaradas nulas todas aquellas resoluciones judiciales que hayan dispuesto la inaplicación de los tres dispositivos de la Ley 27796 mencionados antes, y ello al margen de las circunstancias que concurren en el caso concreto que resuelve y al margen de la concreta argumentación del juez. Esta razón es manifiestamente inconsistente porque su presupuesto es manifiestamente inaceptable. Ese presupuesto es: el juez debe abstraer del caso concreto que resuelve y siempre debe fallar aplicando el precedente vinculante. El presupuesto sería verdad si y sólo si se cumplen dos exigencias. La primera, si la actividad del juez se reduce a la de un autómatas que aplica sin valorar lo que aplica ni a qué lo aplica; la segunda, si fuese posible la aplicación autómatas del precedente vinculante.

La primera exigencia está relacionada directamente con la posición constitucional del juez: órgano que tiene atribuida la *jurisdicción*, y que para su ejercicio tiene reconocida independencia. La consecuencia necesaria de esta posición constitucional es que el juez es juez de controversias concretas. Sólo el juez –“[N]inguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”, reza el segundo párrafo del artículo 139.1 CP– conoce y resuelve el caso que se le ha presentado, porque sólo él está llamado a conocer las concretas circunstancias del mismo, de ahí que todo lo que ha de aplicar tendrá que hacerlo siempre a la luz del caso concreto. El juez no es, pues, un autómatas.

Obviamente, el juez debe resolver según lo dispuesto en la Constitución y, por tanto, en los precedentes vinculantes (normas constitucionales adscritas a las normas de la Constitución). Pero los precedentes no se aplican en abstracto, sino para resolver una concreta controversia. Lo que traslada la cuestión a indagar acerca de la naturaleza jurídica del precedente, y con ello se entra en la segunda de las mencionadas exigencias. Ha dicho el Tribunal Constitucional que

“la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”⁴⁹.

Es decir, el precedente vinculante tiene la naturaleza de una regla jurídica con alcance general. Si esto es así, que lo es, habrá que descubrir en el precedente vinculante las dos partes de toda regla: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. De manera que la regla que significa el precedente vinculante, sólo podrá ser aplicada en aquellos casos en los que se cumple el supuesto de hecho. Si en un caso concreto ese supuesto no es cumplido, no es posible la aplicación de la consecuencia jurídica. Por eso, bien hace el Tribunal Constitucional al establecer que el precedente vinculante

“deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”⁵⁰.

⁴⁸ EXP. N.º 006–2006–PC/TC, citado, apartado final del punto 1 del fallo

⁴⁹ EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, citado, primera consideración previa.

⁵⁰ Ibidem.

Y he aquí que surge la realidad incontestable que trae por los suelos el parecer del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional una ley por no aplicar el precedente vinculante: el juez que conoce del caso concreto es el llamado a establecer si se cumple o no el supuesto de hecho a fin de aplicar la consecuencia jurídica contenida en el precedente. Negar esto no es sólo negar la realidad, sino negar la independencia del juez. De modo que perfectamente puede ocurrir que en un caso determinado no se cumpla con el supuesto de hecho, y el juez tiene que poder resolver al margen de la consecuencia jurídica que contiene el precedente vinculante.

Con lo que se lleva dicho es posible concluir que ni la actuación del juez es la de un autómeta, ni la naturaleza del precedente vinculante permite su aplicación autómeta, por lo que el punto de partida del Tribunal Constitucional es falso, e inconsistente la razón que a partir de él se construye.

Recientemente, el referido Tribunal ha dado una razón más para no considerar los precedentes vinculantes como de aplicación necesaria. Ha dicho el referido Tribunal que

“las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, *si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye* a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”⁵¹.

Significa esto que el juez no sólo no podrá aplicar como autómeta los precedentes vinculantes debido a que podrá (deberá) interpretar las circunstancias del caso que debe resolver a fin de decidir si se cumple o no con el supuesto de hecho que conforma el precedente; sino que además podrá reinterpretar la consecuencia jurídica, de modo que si encuentra que es posible una interpretación mejor (que más favorezca, por ejemplo, la vigencia de los derechos fundamentales), podrá apartarse del precedente y resolver el caso según la nueva interpretación⁵².

Y no puede ser de otra forma cuando, como bien se ha dicho,

“la presunción de que todos los precedentes grafican reglas claras y concretas , puede no ser siempre consecuente con la verdad (...); pensar que a la luz de un caso concreto, puede ensayarse una definición integral y definitiva de cada derecho o bien jurídico, sí nos parece un exceso, pues no hay contenido que pueda vislumbrarse como de cierre. (...) Pretender que los desarrollos son absolutos y definitivos y que, por ende, todo está oleado

⁵¹ EXP. N.º 04853–2004–PA/TC, de 19 de abril de 2007, F. J. 16. La cursiva de la letra es añadida.

⁵² Mal hace el Tribunal Constitucional en permitir este desmarque del contenido del precedente vinculante. La vinculación al precedente es absoluta en el sentido que una vez determinado que se cumple con el supuesto de hecho que trae la regla jurídica que significa el precedente, el juez necesariamente debe aplicar la consecuencia jurídica (la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional) para resolver el caso. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El Tribunal Constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, Porrúa, 2008, en prensa, Capítulo III.



y sacramentado a modo de precedente de obligatoria observancia, suele **ser el anticipo de ulteriores y a veces hasta urgentes rectificaciones**⁵³.

C) A razones insostenibles, soluciones insostenibles

Afirmar que son inconstitucionales todas las resoluciones judiciales que han sido emitidas inaplicando los dispositivos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales en la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC, es insostenible por lo que arriba se ha dicho. De igual forma, afirmar que son inconstitucionales todas las resoluciones judiciales que han sido emitidas inaplicando el precedente vinculante establecido en la sentencia al EXP. N.º 4227–2005–AA/TC, es también insostenible por lo antes argumentado. Si son insostenibles, entonces, la calificación de inconstitucionales que este Tribunal atribuye a las resoluciones del Poder Judicial (y a través de las cuales está menoscabando las atribuciones del Poder Ejecutivo), es también insostenible.

Pero ocurre que es posible que determinadas resoluciones judiciales hayan podido ser emitidas inaplicando dispositivos de la Ley 27153 por considerar injustificadamente que contravienen la norma de la Constitución que sirvió de parámetro al Tribunal Constitucional para confirmar su constitucionalidad; y posible es también que determinadas resoluciones judiciales injustificadamente hayan sido emitidas inaplicando el precedente vinculante en casos de *naturaleza homóloga* al supuesto de hecho que conforma el precedente vinculante.

Esta constatación obliga a otorgar una presunción *iuris tantum* de insostenibilidad a la **solución a la que arriba el Tribunal Constitucional: “Las presunciones (‘iuris tantum’) suelen expresarse en una fórmula parecida a ésta: ‘si se da un estado de cosas, y si falta la prueba en contrario, se debe reconocer la existencia del hecho conforme a esa presunción’. Por tanto, la prueba en contrario es necesaria para negar el hecho que se ha dado como existente**⁵⁴.

El hecho que aquí se ha dado como existente es que la solución del Tribunal Constitucional de declarar nulas todas las resoluciones judiciales antes mencionadas es insostenible debido a que las razones que le sustentan son insostenibles. Es posible acreditar (probar) que determinadas resoluciones judiciales son nulas por no aplicar injustificadamente preceptos de la Ley 27153 y el precedente vinculante. Por lo que es posible hacer desaparecer la presunción *iuris tantum* planteada. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional no sólo no ha realizado ese análisis particularizado de las resoluciones judiciales que anula, sino que además ha (nada menos) fallado la general nulidad de todas las resoluciones judiciales en las que se inaplica dispositivos de la Ley 27153 y/o se inaplica el precedente vinculante. Todas, al margen, por tanto, de las concretas circunstancias y de las concretas argumentaciones de los jueces que expiden esas resoluciones. Esto significa que el mencionado Tribunal no ha destruido la presunción *iuris tantum*, por lo que es posible sostener la inconsistencia e insostenibilidad (por no decir inconstitucionalidad) en su respuesta.

⁵³ SÁENZ DÁVALOS, Luis, “Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)”, en Idem, *El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*, Palestra, Lima 2007, ps. 121–122.

⁵⁴ BARRERE UNZUETA, María Ángeles; CAMPOS RUBIO, Arantza; EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier; e IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia 1998, p. 278.

D) Mi respuesta final

Como se recordará, se me reprocha que con base a sospechas y probabilidades he concluido algo grave respecto del Tribunal Constitucional. La presunción es una herramienta válida en el Derecho. La primera acepción que de la palabra **presunción** se encuentra en el diccionario de la Real Academia Española es la siguiente: “Sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener **indicios o señales para ello**”. Por lo que, la sospecha, la conjetura, la probabilidad es perfectamente legítima de utilizar en la crítica jurídica. Esta sospecha y probabilidad viene alentada, en el caso que ahora examino, por el mismo actuar del Tribunal Constitucional. Éste no ha analizado cada resolución judicial a fin de determinar si procedía o no declarar su nulidad por haber decidido injustificadamente en contra de lo decidido por el Supremo intérprete de la Constitución.

Al no haberse dado un análisis particularizado, sólo hay dos razones manifiestamente inconsistentes y una decisión de la que cabe presumir su inconsistencia y, por ello, su insostenibilidad. ¿Cómo se puede obligar a cumplir una decisión formulada con base en argumentos inconsistentes? ¿Cómo se puede obligar a cumplir una decisión de la que se presume su insostenibilidad? Obviamente la obligatoriedad no le vendrá por la razonabilidad de la decisión, sino que le vendrá de la fuerza. ¿Cuál fuerza? Obviamente, no la fuerza de hecho que el Tribunal Constitucional no tiene, sino la fuerza que le depara la Constitución para, como supremo intérprete y velador de la constitucionalidad, anular actos (legislativos, ejecutivos, judiciales y particulares) que él mismo decide son contrarios a la Constitución⁵⁵.

Por eso decía –y digo– que el Tribunal Constitucional en la sentencia al EXP. N.º 006–2006–PC/TC, ha **preferido apelar a esa fuerza antes que a la razón** que habría significado **el análisis de constitucionalidad de las resoluciones declaradas nulas**: “Como tiene la fuerza de interpretar de modo vinculante la Constitución, pretende imponer no sólo interpretaciones sino también soluciones de los casos sin consideración de las circunstancias concretas; como tiene la fuerza de invalidar sentencias del Poder Judicial, lo hace sin medir las consecuencias que sobre los jueces puede recaer. Para qué decir razones si el resultado igualmente –e incluso con más efectividad– se puede alcanzar con el ejercicio puro y duro del poder”⁵⁶.

Y esto, como mal dice el profesor León Vásquez no significa poner en duda el talante democrático de los miembros del Tribunal Constitucional. Por lo demás, hay que recordar **que si se quiere evitar que aumente “die Gefahr irrationaler Urteile [el peligro de juicios irracionales]”⁵⁷ el Tribunal Constitucional “debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario”⁵⁸.**

⁵⁵ En el cometido de la efectividad de las decisiones del Tribunal Constitucional, pueden participar otros órganos constitucionales, como es el Órgano de Control de la Magistratura para cuando esas decisiones atañen a los jueces.

⁵⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, número 4, abril 2007, p. 598.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, p. 316.

⁵⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005, p. 46.



VI. LA “INCONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DEL TC

Se me ha reprochado también la formulación de la pregunta siguiente: ¿es verdad que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser consideradas inconstitucionales? La respuesta que he formulado es que desde un punto de vista formal las mencionadas resoluciones deben ser tenidas siempre como constitucionales, mientras que desde un punto de vista material pueden contravenir la Constitución.

1. *Primer reproche*

El primer reproche que se me hace es el siguiente:

“[t]eniendo ambos tipos de inconstitucionalidad un contenido específico en el Derecho Procesal Constitucional no me parece técnicamente adecuado hablar de la inconstitucionalidad formal de las sentencias del TC (...), ni de una inconstitucionalidad material de las mismas”.

Mi respuesta es la siguiente. Primero, yo no he propuesto hablar de *inconstitucionalidad formal*, lo que digo es precisamente lo contrario: las resoluciones del Tribunal Constitucional siempre serán constitucionales desde una óptica formal, ya que es el Supremo intérprete de la Constitución y, por tanto, la máxima instancia en interpretación y decisión constitucional. Segundo, el reproche sería válido si lo formal o material se predicase del mismo objeto del que yo propongo predicarlo. Así, yo no digo que el Tribunal Constitucional pueda incurrir en inconstitucionalidad formal o en inconstitucionalidad material, lo que he escrito es que la contradicción de la Constitución “es posible de ocurrir materialmente, aunque nunca formalmente”. Es decir, mientras el profesor León Vásquez predica lo formal o lo material de la posible inconstitucionalidad de la actuación del Tribunal Constitucional, yo lo hago de la perspectiva u óptica desde la cual se ha de ver la posible inconstitucionalidad en la que podría incurrir el mencionado Tribunal.

2. *Segundo reproche*

El segundo reproche es que

“[s]i de lo que se trata es más bien de determinar si la sentencia del TC es correcta o incorrecta es un tema de argumentación constitucional pero no de un juicio de validez constitucional”

Mi respuesta es, primero, que la cuestión de la inconstitucionalidad de sus resoluciones la ha planteado el mismo Tribunal Constitucional, el que ha dicho de sí mismo que

“éste es el Intérprete Supremo de la Constitución (...), por lo que *no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales*”⁵⁹.

Segundo, que una definición básica y sencilla de *resolución inconstitucional* es: resolución que contraviene la Constitución. Lo que contraviene es aquello que obra en contra de algo, es decir, formulado de una norma es aquello que incumple, transgrede o quebranta la norma, esto es, que infracciona la norma. Así, es posible contravenir o infraccionar la Constitución. Pues bien, esta categoría jurídica existe en el ordenamiento constitucional peruano por así haberlo dispuesto el mismo Constituyente: “Corresponde a la Comisión

⁵⁹ EXP. N.º 2704–2004–AA/TC, de 5 de octubre de 2004, F. J. 2.e. La cursiva de la letra es añadida.

Permanente acusar ante el Congreso: (...) a los miembros del Tribunal Constitucional por *infracción de la Constitución*” (artículo 99 CP).

Y tercero, en una sentencia constitucional hay que diferenciar los argumentos (las razones) de la decisión (el fallo). Los argumentos pueden ser evaluados según su corrección (razones correctas e incorrectas); pero la decisión en la medida que crea (o anula o modifica o consolida) una relación jurídica, no puede ser correcto o incorrecto, sino que será o constitucional o inconstitucional.

3. *Tercer reproche*

El tercer reproche es que

“un planteamiento como el que se propone en torno a la ‘inconstitucionalidad’ de las sentencias del TC puede dar lugar a innecesarias confusiones y, además, deja sin respuesta algunas preguntas como las siguientes: ¿cuál sería es el procedimiento para declarar la inconstitucionalidad *material* de las sentencias del TC?, ¿cuál sería es el órgano encargado del control *material* de las sentencias del TC?, ¿quién podría puede demandar la ‘inconstitucionalidad’ *material* de las sentencias del TC?, etc.”.

Mi respuesta es que las confusiones desaparecen cuando se repara, como dije antes, que lo formal y material se predicán de objetos distintos. Y las preguntas que se formulan sí son respondidas: debido a que las resoluciones del Tribunal Constitucional formalmente siempre serán constitucionales, entonces, en el ámbito jurisdiccional no existe ni procedimiento (y, por tanto, no habrá legitimidad para demandar), ni órgano controlador de la constitucionalidad de sus resoluciones. Sin embargo, en el ámbito político sí existe un tal procedimiento, el juicio político, el cual procede contra los miembros del Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución (artículos 99 y 100 CP).

VII. LA RELACIÓN DEL TC Y EL PJ A PARTIR DE LA SENTENCIA 006–2006–CC/TC

1. *Mi postura*

En este punto se han vertido los reproches más duros e injustos que sólo se entienden como contenido de una reacción generada por el poco o nulo entendimiento de mi posición, y/o por una defensa ciega de la entidad a la que se pertenece. Ha dicho el profesor León Vásquez que posturas como la mía

“ha contribuido, en mucho, a enrarecer las relaciones entre el TC y los jueces ordinarios, (...), la concepción errada de que, cada vez que el TC, anula una resolución judicial invade las competencias o pone en cuestión la idoneidad cuando no la honorabilidad de los jueces ordinarios”.

Mi postura no es que cada vez que el Tribunal Constitucional anula una resolución judicial necesariamente produzca el doble resultado que menciona el referido profesor. Bien conocida es mi posición sobre el significado de la Constitución como norma jurídica



fundamental⁶⁰, sobre la posición jurídica del Tribunal Constitucional ⁶¹, y sobre la nulidad de las resoluciones judiciales que contravienen el debido proceso formal y material⁶². Por lo demás, esa posición la he manifestado en los dos escritos que preceden a este tercero, por lo que la equivocación del profesor León Vásquez puede tener su origen en una lectura apresurada de los mismos. Por el contrario, mi postura sí es que, con base en que los miembros del Tribunal Constitucional pueden emitir resoluciones que transgreden la Constitución, en el caso concreto de la sentencia al EXP. N.º 0006–2006–PC/TC, el Tribunal Constitucional vulnera la independencia de los jueces, y pone en duda tanto su idoneidad como su honorabilidad, como a continuación explico.

2. *Se vulnera la independencia de los jueces*

Vulnera la independencia porque el Tribunal Constitucional ha pretendido que los jueces actúen como autómatas aplicadores de lo que él ha dicho e interpretado, olvidándose que el juez es juez de los casos concretos, y que la justicia no es una justicia abstracta, sino una justicia concreta. El Tribunal Constitucional ha sancionado con nulidad a toda resolución judicial en la que se hubiese inaplicado algún precepto de los no declarados inconstitucionales en la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC. Y lo ha hecho ignorando que no toda disposición no declarada inconstitucional en la referida sentencia fue confirmada en su constitucionalidad; ignorando que el juicio de constitucionalidad se formula respecto de determinada o determinadas normas de la Constitución y no de todas ellas, de modo que un dispositivo legal confirmado en su constitucionalidad respecto de una pueda ser inconstitucional respecto de otra norma de la Constitución y, en fin, ignorando que incluso un dispositivo legal confirmado en su constitucionalidad –como él mismo ha admitido– respecto de una norma de la Constitución, puede ser inconstitucional por vulnerar esa misma norma constitucional en las circunstancias del caso concreto. La ignorancia de estas situaciones ha conducido al Tribunal Constitucional a obligar al juez a aplicar siempre los dispositivos de la Ley 27153 so pena de nulidad de sus resoluciones, es decir, a imponer una solución al margen de los juicios y razones concretas que sustentan los fallos de las resoluciones judiciales declaradas nulas. Y si esto no es vulnerar la independencia de los jueces, ¿qué es?

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha dispuesto la nulidad de toda resolución judicial en la que se haya inaplicado un precedente vinculante, ignorando que al ser el precedente una regla preceptiva general está compuesta por un supuesto de hecho y por una consecuencia jurídica (como toda norma), y que es el juez del caso concreto a quien le corresponde decidir razonadamente si en el caso se cumple o no el supuesto de hecho que conforma la regla preceptiva general. Ignorando también que incluso –como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido– es posible que el juez encuentre una interpretación mejor en el caso concreto y de encontrarla puede desvincularse de la establecida en el precedente vinculante. Nuevamente, la ignorancia de estas situaciones ha conducido al Tribunal Constitucional a obligar al juez a aplicar siempre el precedente vinculante so pena de nulidad de sus resoluciones, es decir, a imponer una solución al margen de los juicios y

⁶⁰ En mi libro *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra, Lima 2007, Capítulo V, apartados I y II. También en mi artículo “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, ps. 879–901.

⁶¹ *Idem.*, Capítulo V, apartado IV.

⁶² En mi libro *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Palestra, Lima 2006, ps. 167 y ss.

razones concretas que sustentan los fallos de las resoluciones judiciales declaradas nulas. Y, otra vez, si esto no es vulnerar la independencia de los jueces, ¿qué es?

3. *Se pone en duda la capacidad y honorabilidad de los jueces*

El Tribunal Constitucional pone en duda la capacidad y la honorabilidad de los jueces debido a la falta de razones para anular las resoluciones judiciales que anula. Si el juez ha incurrido en inconstitucionalidad por no hacer algo tan sencillo como obedecer la decisión del Tribunal Constitucional de aplicar siempre los plenamente identificados dispositivos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales, y de aplicar siempre un claro precedente vinculante, resulta inevitable preguntarse ¿por qué lo habrá hecho? Si, como pretende el Tribunal Constitucional, no hay necesidad de una adicional interpretación y argumentación por parte de los jueces, y además se advierte que no se requiere haber estudiado Derecho ni haber aprobado los cursos para acceder a la magistratura para determinar cuales son los artículos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad y para determinar cual es el precedente vinculante que ha de cumplir siempre el juez, entonces ¿por qué razón fallaron contra lo establecido por el Tribunal Constitucional?

Frente a esta situación, el razonamiento del Tribunal Constitucional obliga a admitir las siguientes dos posibilidades: la primera es que o el juez que emitió la resolución (y los vocales superiores e incluso supremos que la confirmaron) no saben leer ya que no aciertan a aplicar los preceptos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad; o sabiendo leer, han resuelto sin razón ni fundamento ninguno a favor de la inaplicación de esos preceptos legales, por tanto al margen de cualquier capacidad y habilidad jurídica. Si se cumple cualquiera de ambas posibilidades nos encontramos ante un juez manifiestamente incapaz. La segunda es que si el juez tiene capacidades y habilidades jurídicas, y no hizo algo tan sencillo –ya que según el Tribunal Constitucional no había nada por interpretar– como resolver los casos concretos aplicando identificados dispositivos legales y/o aplicando un claro precedente vinculante tal y como lo había formulado el Tribunal Constitucional, entonces es que la corrupción anduvo por su despacho.

El panorama cambiaría radicalmente si el Tribunal Constitucional hubiese admitido –como aquí se ha argumentado– que el juez no es un autómatas que no tiene nada nuevo que decir en los casos concretos que resuelve, sino que por el contrario –en el caso que se comenta– podía inaplicar preceptos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales por la sentencia al EXP. N.º 009–2001–AI/TC, y que también el juez podía resolver no aplicando el precedente recogido en el EXP. N.º 4227–2005–AA/TC. Si el Tribunal Constitucional hubiese admitido esto, entonces tendría que haber hecho notar si las razones dadas por los jueces en sus respectivas resoluciones, eran o no atendibles. Esto requeriría –también como aquí lo he propuesto– un análisis particularizado de modo que se llegue a nulidades particularizadas. De hecho, ese es el proceder del Tribunal Constitucional en los casos en los que se interpone una demanda constitucional contra una resolución judicial.

Por lo que al pretender el Tribunal Constitucional que la solución ya estaba claramente prefijada y perfilada para todos los casos futuros, y que el juez sólo debió limitarse a aplicar algo perfecta e inalterablemente definido, sólo se puede concluir que el juez no lo hizo por **su tozuda ignorancia y/o su insalvable vocación de corrupción**. A esto conduce inexorablemente el proceder del Tribunal Constitucional, por eso decía antes –e insisto ahora– **estos son los extremos de una injusta disyuntiva originada por la deficiencia argumentativa del Tribunal Constitucional**. De manera que **la apreciación maniquea fundamentalista** a la que se refiere el profesor León Vásquez, no me la tiene que obsequiar



a mi, sino que se la debe atribuir al Tribunal Constitucional, porque ella –de haberla– sería la consecuencia necesaria de lo dicho y resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia al EXP. N.º 006–2006–PC/TC.

4. *Un fin constitucional no hace constitucional un medio inconstitucional*

Finalmente, dice el profesor León Vásquez que a partir de esta sentencia

“casi la totalidad de las empresas explotadoras de juegos de casino y máquinas tragamonedas ilegales se han sometido a un proceso de regularización y las que no se han acogido a este procedimiento, en la medida que funcionaban sin autorización o al amparo de una resolución judicial inconstitucional, vienen siendo clausuradas dentro del marco legal establecido. En suma ha contribuido a revertir una situación irregular que se había instalado contraviniendo el ordenamiento jurídico”.

Siendo esto verdad, en nada cambia el criticable proceder del Tribunal Constitucional. Un resultado bueno no convierte en bueno un medio malo, es decir, un fin constitucional no convierte en constitucional un medio inconstitucional. Si bien ***revertir una situación irregular que se había instalado contraviniendo el ordenamiento jurídico***, es un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante, el medio empleado por el Tribunal Constitucional –como lo he argumentado a lo largo de éstas páginas– ha resultado inconstitucional. La consecución de aquél (el fin), no ha mudado la naturaleza de éste (el medio)

Como lo tengo dicho en otro lugar y en referencia al caso que ahora vuelve a ocuparme,

“[s]in duda alguna que no es deseable ni aceptable que existan empresarios irresponsables que pretendan explotar un negocio al margen de la formalidad y seguridad que brinda la ley. Pero de igual modo no es deseable ni aceptable que el Tribunal Constitucional haya pretendido solucionar este asunto de la manera como lo ha hecho”⁶³.

Por lo demás, esto es una clara constatación de lo que antes he dicho y que parece haber desconcertado profundamente al profesor León Vásquez: ***en la actuación del Tribunal Constitucional ha primado la fuerza antes que la razón***. La resolución de este Tribunal se ha hecho cumplir, no por su razonabilidad, sino por la fuerza que se le reconoce a sus resoluciones como emanadas del Supremo intérprete de la Constitución.

VIII. UNA REFLEXIÓN FINAL

Lo he sostenido en varios escritos y foros: la mejor manera de demostrar el compromiso que se tiene con la Justicia constitucional y con el Tribunal Constitucional como institución llamada a jugar un importantísimo papel en la vigencia efectiva de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular, es estando atento a que las decisiones del Supremo intérprete de la Constitución no sean adoptadas al margen de la racionalidad y al margen de las exigencias constitucionales que, como todo poder constituido ha de cumplir también el Tribunal Constitucional. Cuando hay razones para discrepar del proceder de este Tribunal no hay que callarlas, hay que formularlas y, en la medida de lo posible, difundirlas. Por su parte, el Tribunal Constitucional, más precisamente sus magistrados en primer término, y sus asesores jurisdiccionales luego, deben estar atentos a las razones que se

⁶³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?, ob. cit., p. 598.

formulan como críticas a su actuación. En este contexto es necesario afirmar, como lo ha **hecho un experimentado y destacado profesor español, que “[l]a Razón Jurídica debe ser libre, crítica y, por ende, autocrítica, vigilante de sus carencias. Ha de estar muy atenta porque, de no ser así, tiende a ser conformista en lo sustancial y autocomplaciente con sus técnicas. La Razón Jurídica dogmática e indiferente, a gusto consigo misma, no tolera que se ponga en duda la feliz armonía que reina entre el Derecho y el Poder que tanto beneficia a los juristas y a los políticos”**⁶⁴. Se puede decir más alto, pero no más claro.

⁶⁴ NIETO, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 28.

