



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

UN PRECEDENTE VINCULANTE QUE FUE NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL

Luis Castillo-Córdova

Perú, mayo de 2014

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2014). Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (77), 28-34.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

UN PRECEDENTE VINCULANTE QUE FUE NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL

Luis CASTILLO CÓRDOVA*

I. INTRODUCCIÓN: EL PRECEDENTE VINCULANTE COMO NORMA CONSTITUCIONAL ADSCRIPTA

Con base en la diferenciación entre disposición y norma¹, es posible sostener que desde una misma disposición constitucional es posible concluir dos tipos de normas constitucionales: las normas constitucionales directamente estatuidas; y las normas constitucionales adscriptas a las normas directamente estatuidas². Las normas constitucionales adscriptas son siempre concreciones de la norma constitucional directamente estatuida³; y en la medida que las concreciones son graduables, las normas constitucionales adscriptas pueden tener grados distintos de generalidad⁴.

También es posible sostener que la concreción tiene la naturaleza del objeto concretado, cuando es formulada a través de una interpretación vinculante. Una definición básica de interpretación vinculante puede ser la siguiente: la interpretación que es realizada en el ejercicio de una función pública y que por ser tal obliga a sus destinatarios. En referencia a la Constitución, que es lo que ahora interesa analizar, su interpretación vinculante está en manos del Parlamento, del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo y de todos los órganos constitucionales autónomos a los que se les asigna una función pública determinada, destacando entre ellos el Tribunal Constitucional (en adelante TC).

Resulta de interés referirse al TC, y recordar de él su posición de supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad⁵. Cuando el TC interpreta una disposición constitucional, lo hace vinculantemente y además de modo supremo. Tal interpretación permite ser reconocida como una norma que es concreción inmediata de la norma directamente estatuida por el Constituyente, es decir, permite ser reconocida como una norma constitucional adscripta. Desde aquí es posible sostener que toda interpretación que de la Constitución formule el TC es una norma, la cual tendrá el rango de la norma directamente concretada a la cual se adscribe y existe adherida a ella⁶. Un modo como el TC

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

¹ Cfr. GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011, ps. 133–156.

² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, ps. 63–73.

³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes. Normas constitucionales adscritas formuladas en lenguaje deóntico*, Gaceta Jurídica, 2014, ps. 20–21.

⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Análisis de las decisiones constituyentes sobre derechos fundamentales, en *Revista Sociedad Jurídica*, septiembre 2013, ps. 56–63.

⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 37, enero 2011, ps. 23–25.

⁶ Salvo sea una concreción no inmediata sino más bien sucesiva de la norma directamente estatuida.



presenta sus interpretaciones de la Constitución es a través de los precedentes vinculantes⁷. Los precedentes vinculantes son normas constitucionales adscriptas a alguna norma constitucional directamente estatuida.

El precedente vinculante por ser norma constitucional que se adscribe a una norma constitucional directamente estatuida, tendrá siempre el rango constitucional. Desde un punto de vista formal será siempre una norma constitucional⁸. Un análisis material, por el contrario, no siempre dará ese mismo resultado. En efecto, el precedente vinculante como concreción normativa que es, tiene dos modos de existir: ajustada o desajustadamente a la norma directamente estatuida que concretará. Si se desajusta significará que la niega y al hacerlo la contradice. De ser este el caso, el precedente vinculante como norma constitucional adscripta negadora de la norma constitucional directamente estatuida, deberá ser tenida como inconstitucional, esta vez desde un punto de vista material. De esta forma es posible sostener la existencia de precedentes vinculantes formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales⁹.

Los precedentes vinculantes materialmente inconstitucionales ofenden a la Constitución. Como tales, no se les ha de permitir eficacia; y si es posible invalidarlos, mejor. Contra ellos han de proceder las demandas constitucionales que defienden derechos fundamentales (amparo, hábeas corpus y hábeas data) para pedir su inaplicación en el caso concreto¹⁰. No obstante, lo deseable es su extirpación del ordenamiento jurídico, lo que se logra a través de su derogatoria declarada por el propio TC como supremo intérprete de la Constitución y por ello, supremo creador de normas constitucionales adscriptas.

A continuación se presenta una análisis de una de las normas constitucionales adscriptas creadas por el TC en la sentencia al EXP. N.º 3741-2004-PA/TC, y que con el ropaje de precedente vinculante, disponía la posibilidad de que determinadas instancias administrativas pudiesen inaplicar normas infraconstitucionales.

II. LA SENTENCIA AL EXP. N.º 3741-2004-PA/TC Y SU ACLARATORIA

En esta sentencia el TC formuló a través de precedentes vinculantes una serie de normas constitucionales adscriptas. Aquí interesa analizar la contenida en el fundamento 50, en el que el mencionado Tribunal manifestó lo siguiente:

“50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos: **A)** (...) Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera

⁷ Habrá que reconocer que no es el único modo de crear normas constitucionales adscriptas que tiene el TC; otro modo es a través de reglas jurídicas contenidas en *ratio decidendi* que no es declarada como precedente vinculante.

⁸ Ha manifestado el TC de sí mismo: “éste es el Intérprete Supremo de la Constitución (...), por lo que no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales”. EXP. N.º 2704-2004-AA/TC, fundamento 2.e.

⁹ Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 65 y ss.

¹⁰ Cuando se habla de amparo contra normas, éstas no se circunscriben a las de rango legal, pueden ser interpuesto un amparo para solicitar la inaplicación de una norma de rango infralegal y de rango constitucional.

manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.

Desde esta declaración del TC es posible formular la norma constitucional adscripta siguiente:

N50A: Está ordenado que todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública inaplique una disposición infraconstitucional que vulnera manifiestamente la Constitución. Para ello, se observará los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Posteriormente, en una resolución aclaratoria de la sentencia al EXP. N.º 3741-2004-PA/TC, el TC manifestó que:

“4. (...) si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que ‘(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)’.

Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son 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”.

Si ya es extraordinario que en una resolución aclaratoria el TC cree una norma constitucional, más extraordinario aún es que a través de una resolución aclaratoria el mencionado Tribunal modifique una recién creada norma constitucional adscripta. La norma modificatoria contenida en esta aclaración puede ser expresada de la siguiente manera:

N4: Está ordenado precisar que la norma N50A de la STC N.º 3741-2004-PA/TC, no se refiere a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública, sino solo 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.

En virtud de esta modificación, la norma N50A queda formulada del siguiente modo:

N50A: Está ordenado reconocer que *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, tiene la facultad y el deber de inaplicar una disposición infraconstitucional que vulnera manifiestamente la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Al día siguiente de la publicación de la resolución aclaratoria entró a regir la norma N^{50A} modificada. Esta norma se adhirió a la norma directamente estatuida que brota del artículo 138 de la Constitución. La fórmula lingüística que conforma esta disposición dice lo siguiente:

Artículo 138: En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Desde aquí brota una norma (la norma directamente estatuida), que puede ser formulada de la manera siguiente:

N¹³⁸: Está ordenado a los jueces que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, prefieran la primera. Igualmente, han de preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Una vez entrada en vigor la norma N^{50A}, se adhirió a la norma directamente estatuida N¹³⁸ y existió a ella adscrita. Una tal adscripción puede ser representada de la manera siguiente:

N¹³⁸: Está ordenado a los jueces y a *los 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*, que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, prefieran la primera. Igualmente, han de preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

A partir de entonces, el artículo 138 pudo ser leído de la manera siguiente:

Artículo 138: En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. *Los 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, podrán inaplicar leyes o reglamentos manifiestamente inconstitucionales.*

III. LA SENTENCIA AL EXP. N.º 04293-2012-PA/TC

Casi ocho años después, el TC publica la sentencia al EXP. N.º 04293-2012-PA/TC, en cuyo fallo (punto 4), decidió dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la norma **N_{50A}** modificado¹¹. Antes, en el fundamento 34 de la referida sentencia, el TC concluyó que

“34. (...) en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución [para ejercer el control difuso de constitucionalidad] por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado”

Desde estas afirmaciones del TC es posible concluir la norma constitucional siguiente:

N₃₄: Está prohibido a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

La norma **N₃₄** tiene el mismo contenido pero en sentido contrario al contenido deóntico de **N_{50A}**. Aplicando el principio según el cual la norma posterior deroga la norma anterior, **N_{50A}** ha sido derogada¹². Desaparece como norma constitucional adscripta a la norma directamente estatuida **N₁₃₈**, y su lugar es ocupado por la norma **N₃₄**. La norma directamente estatuida queda, hoy, formulada de la manera siguiente:

N₁₃₈: Está ordenado a los jueces que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, prefieran la primera. Igualmente, han de preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. *Está prohibido a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.*

IV. LA NORMA **N_{50A}** ES UN CASO DE NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL

Si, como se ha visto, **N_{50A}** y **N₃₄** son normas con un contenido deóntico contrario entre sí, entonces ambas no pueden ser tenidas como materialmente constitucionales; una de las dos es necesariamente inconstitucional desde el punto de vista material. Es decir, siendo ambas normas contrarias, opuestas entre sí, solamente una de las dos concretó correctamente la norma constitucional directamente estatuida **N₁₃₈** de la Constitución. Esto ha de ser mantenido inclusive reconociendo en ambas normas el rango constitucional y por ese motivo reconociendo en ambas normas su constitucionalidad formal. ¿Cuál de las dos normas ha de ser tenida como materialmente inconstitucional?

¹¹ Así dijo el TC: “DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo”.

¹² Bien vistas las cosas la norma **N₃₄** deja sin efecto a la norma **N_{50A}** antes de su modificación, y no después de ésta. En esta situación concreta no se genera dificultad alguna en este punto, porque **N₃₄** está negando la posibilidad de inaplicar a todos los tribunales de la administración pública, entre ellos también a los tribunales administrativos a los que hacía referencia la norma constitucional aclaratoria.



A. Concepto de norma adscripta materialmente constitucional

Para responder a esta pregunta sirve la definición que el Prof. Alexy formula de norma iusfundamental adscripta. Para este reconocido profesor alemán, “una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”¹³. Con base en esta definición puede ser abrazada un concepto de norma constitucional adscripta en los términos siguientes: una norma adscripta vale y es una norma de derecho constitucional, si para su adscripción a una norma de derecho constitucional estatuida directamente es posible dar una fundamentación constitucional correcta.

Según esta definición, solamente estamos ante una norma constitucional adscripta cuando es posible dar una justificación constitucional correcta. Lo cual, como se ha visto antes, no es del todo cierto. Toda interpretación que de la Constitución formula el TC llega a adherirse (a adscribirse) a la norma constitucional directamente estatuida independientemente de la corrección de su fundamentación; salvo se trate de una interpretación manifiestamente absurda o intolerablemente injusta. Basta la fuerza de quien la ha formulado, en este caso, la del supremo intérprete y controlador de la Constitución, para que surja una norma constitucional adscripta. Pero no toda norma constitucional adscripta pegada a una norma constitucional directamente estatuida, es por ese solo hecho, materialmente constitucional. Solo será tal aquella norma constitucional adscripta justificada en razones correctas. Una norma constitucional adscripta no sostenida en razones correctas no deja de ser norma adscripta, pero será una materialmente inconstitucional.

De modo que a la pregunta de cuál de las dos normas, si **N_{50A}** o **N₃₄** ha de ser tenida como materialmente inconstitucional, la respuesta es la siguiente: lo será aquella norma que se sostiene en razones incorrectas. En otro lugar tengo desarrollados una serie de argumentos en contra de la corrección de las razones que el TC manifestó a favor de **N_{50A}**¹⁴; ahora interesa destacar solamente las incorrecciones que a mi modo de ver son las más gruesas.

B. Las razones que justifican la incorrección en la fundamentación de **N_{50A}**

El TC a través de la norma **N_{50A}** pretendió establecer, vía precedente vinculante, que determinados órganos de la Administración pública tienen atribuido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos inconstitucionales. Así, la justificación que presenta el TC para sustentar el precedente vinculante de la norma **N_{50A}**, se ha realizado de la mano de los artículos constitucionales que en el ordenamiento constitucional peruano son el apoyo para reconocer el control difuso de constitucionalidad: los artículos 38, 51 y

¹³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 71.

¹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 98, noviembre 2006, ps. 31–45.

138 de la Constitución¹⁵. Por lo demás, el mismo TC en sentencias posteriores se ha referido como “control difuso administrativo” a lo que dice haberle atribuido a la Administración pública en la sentencia al EXP. N.º 3741–2004–AA/TC¹⁶.

Esta decisión del TC padece de una serie de deficiencias. Respecto de la Constitución es posible reconocer varios roles: hay quienes son vinculados, otros intérpretes y algunos son controladores. Los vinculados a la Constitución lo somos todos, tanto gobernantes como gobernados, porque la Constitución es norma jurídica que a todos obliga. Intérpretes de la Constitución podemos serlo también todos, en la medida que todos tenemos la capacidad racional para atribuir significados jurídicos a las fórmulas lingüísticas que componen las disposiciones constitucionales; y esto es así aunque no todos podamos interpretar de modo vinculante a la Constitución.

Por su parte, el que es controlador de la Constitución lo es porque previamente está vinculado a la Constitución, a la cual precisamente ha de defender a través de la función de control constitucional; y además, también de modo previo, tiene atribuida la facultad de interpretar vinculantemente a la Constitución, porque todo control constitucional exige previamente determinar vinculantemente lo que la Constitución ha dispuesto, y eso se logra mediante la interpretación constitucional. Así, todo controlador es vinculado e intérprete vinculante de la Constitución. Pero no se puede realizar la afirmación inversa. En efecto, no todo vinculado o intérprete de la Constitución, por esa sola circunstancia se convierte automáticamente en controlador constitucional; para llegar a tener la posición jurídica de controlador, se requiere contar con atribuciones propias de control, es decir, con una suerte de energía correctora necesaria para neutralizar actuaciones del poder público o del poder privado que sean contrarias a la Constitución.

El TC confunde estas tres categorías y abraza la siguiente conclusión: porque la Constitución es norma y además suprema (artículo 51 de la Constitución), todos estamos vinculados a la Constitución (artículo 38 de la Constitución); consecuentemente, no sólo los jueces judiciales sino también determinados órganos de la Administración pública pueden controlar la constitucionalidad de las leyes y, en general, la constitucionalidad de toda norma infraconstitucional (artículo 138). En torno a esta secuencia argumentativa que subyace en el proceder del TC, aparecen las principales contradicciones y aporías.

La primera de ellas es la siguiente: si la posición de controlador depende de la posición de vinculado a la Constitución, entonces, serán controladores de la constitucionalidad no sólo determinados tribunales de la Administración pública, sino todos los funcionarios públicos (todos los órganos colegiados independientemente del alcance nacional o de su adscripción o no al Ejecutivo, incluso los órganos no colegiados); y más aún, serán controladores no sólo todos los funcionarios públicos, sino también todos los particulares. Si es válida la afirmación de que todos los vinculados a la Constitución nos convertimos automáticamente

¹⁵ Cfr. EXP. N.º 3741–2004–PA/TC, fundamentos 7, 8 y 9.

¹⁶ Por todas, véase la sentencia al EXP. N.º 00591–2009–PA/TC, fundamento 2; y la sentencia al EXP. N.º 00014–2009–PI/TC, fundamento 24.



y por solo ese hecho en controladores de la constitucionalidad, entonces, no hay más que la necesidad de reconocer que la Constitución vincula a todos, y un artículo como el 138 sencillamente sobraría y confundiría, y una exigencia mínima de razonabilidad reclamaría su eliminación inmediata.

La segunda contradicción es que si, como sostiene el TC, fuese verdad que la Administración pública, más precisamente, determinados órganos colegiados de la Administración pública, son verdaderos controladores de la constitucionalidad, entonces no tiene sentido limitar la función de control sólo a los supuestos en los que la disposición infraconstitucional vulnera “manifiestamente la Constitución”. ¿Qué pasa con las disposiciones infraconstitucionales que vulneran a la Constitución de modo no manifiesto, que son los supuestos más comunes de inconstitucionalidad? Si el TC pretende justificar que el artículo 138 de la Constitución cuando dice “jueces” dice también determinados órganos de la Administración pública, entonces, ha de reconocer a éstos lo que reconoce a los Jueces: que pueden controlar la constitucionalidad de las disposiciones infraconstitucionales también en situaciones de inconstitucionalidad no manifiesta. O se reconoce que se es un controlador completamente tal, o se reconoce que no se es controlador, pero no puede ocurrir lo que hace el TC, reconocerle el papel de controlador sólo para determinados supuestos.

Es verdad que el artículo 138 de la Constitución tiene en la palabra “jueces” un término con un grado de generalidad que requiere de concreción. La concreción del mismo lleva a tomar en consideración el elemento esencial que hace que alguien sea o no Juez, tal elemento es la *iurisdictio*. El Constituyente peruano ha decidido crear la jurisdicción judicial, militar y arbitral, de modo que la concreción de la palabra “jueces” abarca a los jueces judiciales, militares y arbitrales¹⁷. La Administración pública no tiene atribuida la *iurisdictio*, luego, no puede ampliarse el significado de “jueces” hasta abarcar a los tribunales administrativos. Hacerlo es contravenir los artículos 138 y 139.1 de la Constitución.

Por lo demás, a las incorrectas razones que el TC dio en la sentencia al EXP. N.º 3741–2004–AA/TC para atribuir control difuso a “todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública” (así rezaba el precedente vinculante antes de la aclaración), habrá que añadir la ausencia de razones (ninguna fue dada) para modificar este precedente vinculante, y circunscribirlo solamente 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*” (así reza el precedente vinculante después de la aclaración).

Una razón más abunda en la incorrección de la norma N^º 50A. Esta pretensión del TC de atribuir a determinados órganos de la administración pública el llamado control difuso de la constitucionalidad (de las leyes y de los reglamentos), es intensamente polémica y ha

¹⁷ Así, es posible sostener que los Jueces judiciales, arbitrales y militares, tienen atribuido el control difuso de la constitucionalidad al que alude el artículo 138 de la Constitución.

originado posturas abiertamente contrapuestas^[4], lo que de por sí mismo la descalificaría como precedente vinculante^[5].

C. Reconocimiento por parte del TC de la incorrección en la justificación de N_{50A}

Que el precedente vinculante que representa la norma N_{50A} se sostiene en una incorrecta justificación -y esto es sumamente relevante- lo ha dicho el TC en la sentencia al EXP. N.º 04293-2012-PA/TC. Es decir, es el mismo órgano que estableció la norma N_{50A} el que ha dado una serie de razones para sostener la incorrección de la justificación de una tal norma. La primera de ellas es que no se cumplían los requisitos para crear un precedente vinculante en referencia al control difuso administrativo¹⁸; el segundo fue que los tribunales administrativos no tienen asignada la función jurisdiccional¹⁹; el tercero es que la inaplicación que de la legislación infraconstitucional realizaban los órganos administrativos no subían en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema²⁰; y el cuarto es que permitir el control difuso de la constitucionalidad a los tribunales administrativos afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución²¹.

Es con base en esta justificación incorrecta que el TC concluye que la norma N_{50A} “desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de la constitucionalidad”²². Es decir, es el propio TC quien está considerando como inconstitucional al precedente vinculante recogido en la norma N_{50A}.

Así, es posible sostener que la norma constitucional adscripta N_{50A} fue una norma formalmente constitucional porque llegó a adscribirse a la Constitución (más precisamente a la norma constitucional directamente estatuida N₁₃₈ de la Constitución) y así se mantuvo durante casi ocho años; pero debido a que no fue posible reconocerle una justificación

^[4] Por todos véase los trabajos contenidos en la obra colectiva siguiente: CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro, *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra editores, Lima 2007.

^[5] Como ha dicho el mismo TC en la sentencia que ahora se analiza: “aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho”. EXP. N.º 3741-2004-PA/TC, fundamento 46.

¹⁸ EXP. N.º 04293-2012-PA/TC, fundamento 32.

¹⁹ Idem., fundamento 33a.

²⁰ Idem., fundamento 33b.

²¹ Idem., fundamento 33c.

²² Idem., fundamento 34.



constitucionalmente correcta, no pudo ser reconocida como una norma materialmente constitucional. Durante el tiempo que estuvo vigente, fue una norma (materialmente) inconstitucional generadora de situaciones inconstitucionales, las cuales mantienen su validez solamente por exigencia de la seguridad jurídica.