

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

Jorge León Vásquez* versus Luis Castillo Córdoba**

¿Se extralimitó el Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones judiciales declaradas inconstitucionales? ¿Su sentencia contiene fundamentos sólidos o sólo apela al poder que la Constitución le otorga como supremo intérprete de ésta?

En el siguiente artículo, los autores debaten sobre si el Tribunal Constitucional se extralimitó en sus facultades al declarar inconstitucionales una serie de resoluciones judiciales que contravienen su decisión, a pesar de que algunas de dichas resoluciones fueron expedidas varios años antes de la Sentencia en cuestión. Así, los autores se enfrentan con el fin de concluir si los argumentos utilizados por el Tribunal son suficientes y correctos.

* Docente del Postítulo en Derechos Fundamentales y del Postítulo en Derecho Procesal Constitucional en la PUCP. Asesor Jurisdiccional, encargado de la Coordinación de Asuntos Constitucionales-Tributarios en el Tribunal Constitucional peruano.

** Investigador contratado adscrito al Área de Filosofía del Derecho (Universidade da Coruña – España). Profesor de la Universidad de Piura.

**PRIMERA PARTE DE LEÓN: EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL COMO LEGÍTIMO INTÉRPRETE
Y SU FACULTAD DE CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD**

El principio de división de poderes se formuló en un tiempo histórico, político y social concreto. Se da en un contexto en el cual la división del poder fue racionalizada en función a los tres poderes clásicos del Estado: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esta concepción del principio de división de poderes, sin embargo, no puede seguir siendo sostenida en el Estado Constitucional contemporáneo, pues junto a dichos poderes estatales coexisten órganos como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC"), la Defensoría del Pueblo, los gobiernos regionales y locales, entre otros, que exigen un redimensionamiento de dicho principio, a fin de que se entienda, más que como una separación absoluta, como un control y balance recíproco *–check and balance–*.

Es en esta concepción del principio de división de poderes en el que se inserta el TC, no para cuestionar dicho principio, sino para afirmarlo, estableciendo controles recíprocos entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que si en un ordenamiento jurídico específico se inserta un órgano constitucional como el TC, precisamente es a fin de que, en tanto órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes, realice la interpretación última de las disposiciones constitucionales. Si bien es cierto que, en una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, el TC no es el único, es igualmente verdad que sí es el último. Todos, de una manera u otra, interpretamos la Constitución, pero su interpretación final la ha reservado para un órgano específico: el TC.

Pero el reconocimiento del TC como órgano de control constitucional de las leyes y de los derechos fundamentales se ha cuestionado, en ocasiones al punto de que algunas voces aisladas han deslizado incluso la idea de repensar la "conveniencia" de tener un TC o encargar el control constitucional a una sala de la Corte Suprema, como si el control constitucional de las leyes y la tutela de los derechos fundamentales fuera una cuestión a definir con criterios de oportunidad política. De la misma manera, varias veces se ha puesto en debate su interpretación de las diversas disposiciones constitucionales. Sobre todo cuando sus decisiones han incidido en las esferas jurídicas de actuación de otros poderes del Estado y órganos constitucionales.

De ahí que las relaciones entre el TC y los demás poderes del Estado no siempre son pacíficas y no necesariamente se desarrollan dentro de los cauces institucionales, sino que, en ocasiones, pueden dar lugar a tensiones, lo cual tampoco es extraño a la labor de los tribunales, cortes y salas constitucionales en otros ordenamientos jurídicos comparados. Estas tensiones, en tanto se resuelvan por las vías institucionales, no tienen que ser interpretadas necesariamente como una alteración del orden constitucional mismo, sino como el natural juego de pesos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado y órganos constitucionales. Así, entre nosotros, las relaciones con el legislador han estado marcadas en algunas ocasiones bajo un principio de colaboración, como sucedió con la sentencia de la legislación antiterrorista del año 2002. En otros casos más recientes como el de la jurisdicción militar, el Congreso no ha tenido la misma disposición de cumplir las sentencias del TC al dictar incluso una ley que "prorroga" el plazo establecido por el Tribunal para que dicte una nueva ley de justicia policial y militar conforme con la Constitución.

En las relaciones con el Poder Ejecutivo, el caso reciente más saltante quizá sea aquella sentencia en la cual el TC interpretó que los tribunales administrativos de carácter nacional, que declaran derechos, podían realizar, excepcionalmente, control constitucional difuso. Esto llevó a que el Poder Ejecutivo enviara un proyecto de ley de reforma constitucional que estableciera de manera expresa que el control difuso sólo lo podían realizar los jueces del Poder Judicial; proyecto que finalmente no prosperó. Contrariamente a los presagios de algunos autores en el sentido que dicha sentencia causaría una catástrofe jurídica y un caos en sede administrativa, tal debacle no se ha dado y hoy más bien puede apreciarse un diálogo institucional fructífero a través de sus resoluciones, por ejemplo, entre el TC y el Tribunal Fiscal, en aras de tutelar mejor los derechos fundamentales de los administrados.

Por su parte, el control constitucional de las resoluciones judiciales en algunas oportunidades ha dado lugar a un crispamiento de las relaciones entre el TC y el Poder Judicial. Más aún cuando el TC ha hecho dicho control de las resoluciones en el marco de un proceso constitucional distinto al del amparo. La sentencia (STC) 006-2007-CC/TC, que será materia de comentario en lo que sigue, es un ejemplo de lo señalado; ésta ha causado polémica en un cierto sector académico, pero también la reacción del propio Poder Judicial. Particularmente, debo manifestar mis coincidencias con los argumentos del TC y con su deci-

sión. Dividiremos nuestra exposición, básicamente, en cuatro aspectos: 1) la procedencia de la demanda, 2) el tipo de conflicto constitucional, 3) la cosa juzgada constitucional, y 4) los efectos de la sentencia del TC.

1. LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA

En el proceso constitucional 006-2007-CC/TC, el Poder Ejecutivo solicitó un pronunciamiento del TC sobre la afectación de las atribuciones constitucionales que la Constitución le reconoce en los artículos 118, incisos 1 y 9, 121 y 128; en consecuencia, que declare la nulidad de una serie de resoluciones del Poder Judicial que, según el demandante, causaban un menoscabo en sus atribuciones constitucionales reconocidas en las mencionadas disposiciones.

Se ha señalado que el TC debió declarar la improcedencia de la demanda por básicamente dos razones: primero, porque supuestamente el artículo 113 del Código Procesal Civil refiere que la afectación de las competencias o atribuciones materia de la demanda se produce por medio de un "acto administrativo", y que por tanto el artículo mencionado deja al margen del objeto del proceso competencial a los actos jurisdiccionales. Segundo, se ha dicho que la improcedencia debió declararse también porque las resoluciones anuladas por el TC estaban cubiertas por la autoridad de la cosa juzgada. Sobre este segundo argumento nos referiremos más adelante; de momento nos interesa referirnos al primero.

Desde nuestra perspectiva, la interpretación realizada del artículo 113 es incorrecta y excesivamente formalista por quienes propugnan la improcedencia de la demanda. Es incorrecta por la sencilla razón de que lo que dicha disposición regula, aunque parcialmente, son los efectos de la sentencia del proceso competencial, pero no se refiere a las causales de improcedencia de dicho proceso. Como es evidente, una cosa son las causales de improcedencia y otra muy distinta los efectos de las sentencias del proceso competencial. Las primeras, de cumplirse, habilitan al TC para un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto constitucional; los segundos, se refieren al haz de posibilidades que tiene el TC para determinar los alcances de su decisión.

Es excesivamente formalista porque el artículo 202-3 de la Constitución y el artículo 109 del Código Procesal Civil no excluyen al Poder Judicial de entre los poderes del Estado que pueden ser considerados parte en el proceso competencial. Este último artículo citado expresa claramente que

el TC resuelve los conflictos de competencia y de atribuciones que opongan "(...) 3. A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales o a éstos entre sí".

De modo tal que, no estando previsto mediante qué tipo de actos puede el Poder Judicial afectar las atribuciones constitucionales de otros poderes del Estado u órganos constitucionales, nada obsta para que sus actos jurisdiccionales puedan ser considerados susceptibles de afectar las atribuciones constitucionales de otros poderes del Estado. En todo caso, es al TC, como señala el artículo 112 del Código Procesal Constitucional, al que le corresponde determinar en cada caso concreto si existe materia de conflicto constitucional que sea de su competencia. Apreciación que, a nuestro modo de ver, el TC realizó correctamente en el caso del conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

2. EL TIPO DE CONFLICTO CONSTITUCIONAL

No todo poder del Estado u órgano constitucional tiene legitimidad para ser considerado parte en un proceso competencial. Del mismo modo, no cualquier conflicto jurídico puede ser resuelto en el seno de dicho proceso. Es necesario que concurren dos presupuestos esenciales.

De acuerdo con el presupuesto subjetivo, los sujetos involucrados en el conflicto constitucional deben contar con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales reconocidos en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata —como lo ha señalado el propio TC— de una legitimidad de naturaleza especial. El presupuesto objetivo exige que la materia del conflicto tenga relevancia constitucional; es decir, deben estar en cuestión competencias o atribuciones derivadas de la Constitución o las leyes orgánicas respectivas. En todo caso, se reconoce al TC una reserva de jurisdicción constitucional para determinar el cumplimiento de ambos presupuestos. En el proceso competencial referido, ambos presupuestos se cumplieron, pues se trataba de dos poderes del Estado, cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial está reconocida directamente por la Constitución en su artículo 200-3 y por el artículo 109 del Código Procesal Civil, y la materia de conflicto estaba referida a las atribuciones que la Constitución reconoce al Poder Ejecutivo en los artículos 118-1 y 9, y en los artículos 121 y 128.

Ahora bien, el TC ha distinguido entre el conflicto constitucional de competencias que se presenta

entre los gobiernos nacional, regional y local, y el conflicto constitucional de atribuciones que está relacionado con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales. En estricto, en el proceso competencial 006-2006-CC/TC se estaba ante un conflicto constitucional de atribuciones.

Pero el TC también ha establecido una tipología de los conflictos constitucionales tales como el conflicto constitucional *positivo*, que se presenta cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional; el conflicto constitucional *negativo*, cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional, y el *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación obligatoria y como consecuencia de esa omisión afecta las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional.

Era evidente que dentro de esta tipología no encajaba la pretensión del demandante. De ahí que se debe advertir que la previsión del artículo 110 del Código Procesal Constitucional es limitada y no agota, en definitiva, las diversas formas en que puede manifestarse un conflicto constitucional. Acertadamente, creemos, el TC –recurriendo a la doctrina constitucional comparada– circunscribió la controversia suscitada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial al tipo de *conflicto de atribuciones por menoscabo*. El rasgo que caracteriza a este tipo de conflicto es que no existe controversia en torno a la titularidad de la atribución constitucional. La cuestión principal radica, por el contrario, en determinar si la forma como un Poder del Estado u órgano constitucional es, en clave constitucional, legítima. Ello por cuanto el ejercicio de la titularidad de una atribución constitucional no se legitima por el hecho de ser titular de esa atribución, sino en tanto y en cuanto su ejercicio se dé dentro del marco constitucional establecido.

De ahí que es perfectamente posible que, en el ejercicio de su función jurisdiccional, el Poder Judicial pueda perturbar o afectar las atribuciones que la Constitución reconoce a otros poderes del Estado u órganos constitucionales. El propio TC ha proporcionado ejemplos de estos supuestos, tales como: si el Poder Judicial pretendiese impedir la facultad de investigar del Congreso de la República a través de las comisiones investi-

gadoras o de cualquier otra comisión dotada de tal facultad, de acuerdo con el artículo 97 y 139-2 de la Constitución; o si interfiriese en las atribuciones que la Constitución (artículo 118) le reconoce al Poder Ejecutivo. En suma, la pretensión del demandante se ajustaba a la naturaleza del denominado conflicto constitucional de atribuciones constitucionales por menoscabo.

Ahora bien, el TC advirtió que el Poder Judicial, a través del ejercicio ilegítimo de su función jurisdiccional, dio lugar a un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118-1), así como las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118-9); ello, mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento. Como es evidente, tal determinación no se realizó en aplicación del *test de la competencia*, en tanto que no estaba en juego la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado. Recurrió más bien al *principio de jerarquía* de las sentencias del TC, en materia de procesos constitucionales, con respecto a las resoluciones del Poder Judicial.

3. LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Relacionado con el principio antes mencionado, el TC señala en la sentencia 006-2006-CC/TC que “para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6° del Código Procesal Constitucional”. Sino que, además de ello, no desconozca la interpretación del TC o sus precedentes vinculantes. La resolución judicial que no cumpla con estos presupuestos, a juicio del TC, no puede dar lugar a la cosa juzgada constitucional.

La cosa juzgada constitucional, como denominación en sí no es nueva ni en la jurisprudencia constitucional comparada –remito al caso colombiano para no ir muy lejos– ni en la del propio TC peruano; expresión a la que ha recurrido, sobre todo, para caracterizar a los alcances de las sentencias dictadas en los procesos de inconstitucionalidad: fuerza de ley, efectos *erga omnes* y *cosa juzgada*. Sí es novedoso, en cambio, que el TC lo emplee con un contenido propio dentro de otros procesos constitucionales como el proceso competencial al que venimos refiriéndonos o el proceso constitucional de amparo, tal como puede apreciarse en la STC 4853-2004-AA/TC. Lo es más

aún si en la sentencia citada *supra* ha señalado que “para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material”.

Coincidimos con esta afirmación del TC. No sólo porque sus sentencias de inconstitucionalidad tienen fuerza vinculante, efectos *erga omnes* y mérito de cosa juzgada, sino también porque el Código Procesal Civil faculta al TC a establecer doctrina jurisprudencial (en aplicación del artículo VI de su Título Preliminar), y precedentes constitucionales vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar). Además de ello, en un sistema jurídico en el cual el TC es el intérprete supremo de la Constitución, sus decisiones pasan a formar parte del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, devienen en parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Sobre todo si éstos resuelven controversias de naturaleza constitucional.

De ahí que el TC haya dicho que “lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, es la *cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”.

Siendo coherentes con esto, es obvio que las resoluciones judiciales que se dictaron desvinculándose de la interpretación jurídica del Tribunal y los efectos normativos de la STC 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la STC 4227-2005-AA/TC no podían pasar a tener calidad de cosa juzgada constitucional. Esto hace que la nulidad de las resoluciones cuestionadas por el Poder Ejecutivo no pueda ser considerada como una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, como por ahí se ha señalado.

Es comprensible que la concepción del TC de la cosa juzgada haya causado cierta “perplejidad” en algunos procesalistas. Si ya de por sí, antes de la sentencia del TC, un mismo procesalista sostenía, en un primer momento, el carácter relativo de la cosa juzgada y propugna ahora su inatacabilidad absoluta, al punto de señalar que por este motivo se debió declarar la improcedencia de la demanda, tanto más difícil puede resultar entender la interpretación del TC de las categorías procesales tradicionales desde la Constitución.

Señalar esto es especialmente importante porque el TC es conciente de que la única forma de dar una respuesta adecuada a los problemas constitucionales que se le presentan para su resolución es superar las limitaciones del Derecho Procesal general —elaborado para resolver controversias jurídicas de índole privada— y reconocer que la actualización de la Norma Fundamental requiere de una específica forma de entender los procesos constitucionales que permitan su realización y, al mismo tiempo, una peculiar forma de interpretar y de integrar las categorías procesales en juego. Parece obvio entender que la particularidad del Derecho Procesal Constitucional no sólo proviene del carácter especial de la Constitución —como norma a ser concretizada—, sino también de la propia naturaleza del TC como órgano constitucional, jurisdiccional y político.

La particular forma como viene entendiendo su Derecho Procesal se refleja, asimismo, en la afirmación de que el Derecho Procesal Civil, en perspectiva de Derecho Constitucional sustantivo, implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales. Dicho distanciamiento se hace aún más necesario cuando el Derecho Procesal general se muestra como un obstáculo a la consecución de un adecuado control constitucional de las leyes y a la tutela de los derechos fundamentales. La ductibilidad con que el TC debe aplicar las categorías procesales no se condice con el excesivo formalismo que usualmente acompaña al ordenamiento procesal civil o penal; optando así decididamente por una postura a favor de una *tesis antiformalista*.

El TC no ha negado que el Derecho Procesal Constitucional recurra con frecuencia a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, pero reivindica al Derecho Constitucional como la disciplina jurídica que finalmente las configura y llena de contenido constitucional. De esta manera, reconoce que la estrechez de un instituto procesal tiene que ser superada a partir de reflexiones pun-

tuales y objetivas desde la Constitución y el Derecho Constitucional. Pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad y sólo a modo de ejemplo: su interpretación *desde* la Constitución de los presupuestos procesales en el proceso constitucional de amparo, su particular entendimiento de la figura del *litisconsorte facultativo* en el proceso de inconstitucionalidad, del principio *iura novit curia*, de la *medida cautelar* en los procesos constitucionales que el Código Procesal Civil admite, de la *objetivación* del recurso de agravio constitucional, y más recientemente, su construcción jurídica, a partir de su doctrina jurisprudencial y sus precedentes constitucionales vinculantes, de lo que ha denominado *cosa juzgada constitucional*.

4. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL PROCESO COMPETENCIAL

La naturaleza del conflicto constitucional de atribuciones por menoscabo, evidentemente, precisaba también la determinación de los efectos de la sentencia del TC. Por el propio carácter de este tipo de conflicto, correspondía que el Tribunal determine –de un lado– si el ejercicio de la atribución constitucional del Poder Judicial fue ilegítima (lo que se constató en el proceso competencial) y, de otro lado, la anulación de los actos jurisdiccionales dictados sobre la base del ejercicio ilegítimo de una atribución constitucional. En el caso del proceso competencial en referencia, el TC estimó la nulidad de aquellos actos –en este caso jurisdiccionales– viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo la STC 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante de la STC 4227-2005-AA/TC.

Evidentemente, una resolución de esta naturaleza, es decir, que declara la nulidad de una serie de resoluciones de amparo y de cumplimiento, era susceptible de causar tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Por lo que cabe analizar es si acaso dicha decisión constituyó un exceso del Tribunal Constitucional. A nuestro modo de ver, la respuesta es negativa. Por mucho que se diga que las resoluciones judiciales anuladas estaban investidas de la autoridad de cosa juzgada; desde una perspectiva constitucional, antes que estrictamente procesal, sabemos que hoy la validez y legitimidad de las resoluciones judiciales no la da la ley sino la Constitución.

Si una resolución judicial contraviene la Constitución en su conjunto de valores, principios y derechos fundamentales, dicha resolución es inconstitucional y, en consecuencia, la garantía de la cosa juzgada, prevista en el artículo 139-2 no la protege; y si la propia Ley Fundamental prevé un específico órgano jurisdiccional para el control de los actos legislativos, jurisdiccionales y administrativos, el Tribunal Constitucional no podrá abdicar su función constitucional controladora, amén de su función pacificadora. En todo caso, desde nuestro punto de vista, la sentencia 006-2006-CC/TC constituye un elemento importante para afirmar la vinculación de los jueces del Poder Judicial a la Constitución, a la interpretación del Tribunal Constitucional y a sus precedentes vinculantes.

PRIMERA PARTE DE CASTILLO: INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL Y SUSTANCIAL. LOS ELEMENTOS DEL RAZONAMIENTO DIRIMENTE EN LAS SENTENCIAS Y LA OBLIGACIÓN DE APLICAR LOS PRECEDENTES VINCULANTES

UNA CUESTIÓN PREVIA

A lo largo de las páginas siguientes se analizará la actuación del Tribunal Constitucional en la sentencia al expediente 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 decidir en última instancia lo que es o no constitucional, necesariamente se ha de admitir que lo que él resuelva no puede ser consi-

derado 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 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 infalibilidad 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 expediente 0006–2006–PC/TC es o no una sentencia materialmente inconstitucional. Si se logra argumentar esto último en base a 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.

1. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL³

A. 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, *habeas corpus*, *habeas 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*. La *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. En 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

² Ibid. Foja 62.

³ Véase: CASTILLO CÓRDOVA, Luis “La justicia constitucional. Estudios teóricos y prácticos sobre el Tribunal Constitucional”. Capítulo III. En prensa.

⁴ Expediente 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Primera consideración previa.

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”, han sido definidos como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, 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.

B. 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 a 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: ¿es esta vinculación

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

C. Vinculación del *obiter dicta*

Cambia el asunto respecto a 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

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Expediente 4119–2005–PA/TC, del 29 de agosto de 2005. Foja 12.

⁹ Expediente 0012–2005–PI/TC, del 26 de septiembre de 2005. Foja 4.

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 (cursivas añadidas). 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 consecuencias siguientes: 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, que aún en el supuesto en 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 ocurría 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.

D. 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 quién es el encargado de diferenciar unas de otras. Nada nos dicen al respecto las normas constitucionales ni las 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*, ellas valdrán como tales y vincularán como tales a los operadores jurídicos, en particular a los jueces del 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 cuáles 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.

2. 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

¹⁰ Todas las citas se recogen del Expediente 0024–2003–AI/TC, citado. Primera consideración previa.

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 cuál fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual”. En: BERNAL PULIDO, Carlos. “El Derecho de los derechos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 179.

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 del Código Procesal Constitucional). 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 se 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 resulte 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 Código Procesal Constitucional). 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 argumentos es *ratio decidendi* y cuál es *obiter dicta*. Respecto de las interpreta-

ciones 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 que no lo es con argumentos fuertes, puede resolver el asunto sin aplicar el precedente vinculante, aunque sin alterar el contenido del mismo.

3. ANÁLISIS¹²

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

¹² Un análisis extenso de los errores y excesos que sobre la sentencia al Expediente 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 4. Abril de 2007. pp. 573-601. Este artículo también fue publicado en: Revista Jurídica del Perú. Tomo 77. Julio 2007. pp. 19-45; y 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. pp. 155-190.

A. 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 la sentencia del expediente 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 realizase con respecto a normas de la Constitución distintas a las que 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 ésta no ha sido objeto de cuestionamiento a través de una demanda de inconstitucionalidad tal y como lo exige el segundo párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional; 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 del expediente 0009–2001–AI/TC en lo que sea pertinente, por así exigirlo el tercer párrafo del artículo VI Código Procesal Constitucional.

La única posibilidad de que los jueces del Poder Judicial se hayan extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional es si en las sentencias declaradas nulas o sin efecto 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; 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; si así fuera, no existiría 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 y no sólo no confirmado en su constitucionalidad, sino además, respecto del cual no podría 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 expediente 0006–2006–PC/TC? De la lectura de las fundamentaciones y del fallo de esta sentencia, puede concluirse 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 del expediente 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 expediente 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 expediente 0009–2001–AI/TC era y no era vinculante a los jueces, ha terminado declarando nulas sentencias judiciales por el solo 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 del expediente 0009–2001–AI/TC se había confirmado la constitucionalidad de todas las disposiciones de la Ley 27153 que no fueron declaradas inconstitucionales.

El panorama se complica y mucho si se repara en que el Tribunal Constitucional ha declarado nulas

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

también todas las resoluciones judiciales que aunque no estén detalladas en 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 al expediente 0009–2001–AI/TC, todas aquellas resoluciones que inapliquen –sea por la razón que fuese– cualquier dispositivo de la referida ley.

B. ¿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 Expediente 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 Código Procesal Constitucional. Asimismo, la constitucionalidad examinada y declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 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 Constitucional¹⁵ 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 de Expediente 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 al Expediente 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 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 (cursivas añadidas), no para los anteriores.

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

¹⁵ *Ibid* Foja 31.

¹⁶ *Ibid*. Parte final del punto 1 del fallo.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

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 al expediente 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 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.

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 simple: si el referido Tribunal ha fallado que no se puede inaplicar la Ley 27153 y la Ley 27796, y los jueces las han inaplicado a 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 cauces constitucionales. 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 DE LEÓN: FALIBILIDAD DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES, SALDOS POSITIVOS DE LA SENTENCIA E INTEGRIDAD EN LA CARRERA JUDICIAL

1. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El texto del doctor Castillo contiene el siguiente esquema: 1) cuestión previa, 2) el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”), 3) análisis, y 4) conclusiones. Debería comenzar también en ese mismo orden, pero lo haré por el tercer punto, en el cual se realiza el análisis de la sentencia.

En esta parte, el autor se propone determinar si los jueces del Poder Judicial, cuyas resoluciones fueron declaradas nulas por el TC en su sentencia 006-2006-CC/TC, incurrieron o no en una actuación inconstitucional al desvincularse de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC. Por ejemplo, el autor señala que “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

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 Código Procesal Constitucional).

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.

15 de febrero de 2006”, fecha en el que se publicó la sentencia 4227-2005-AA/TC. Como veremos más adelante, esta afirmación es equivocada.

De la lectura del punto 2 del fallo de la sentencia se puede apreciar que el TC deja sin efecto resoluciones judiciales de los años 1997 y 1998. Pero, en este mismo punto –hay que decirlo– también se incluyen resoluciones de los años 2001, 2004 y 2005. En esta parte del fallo, el TC decide textualmente “(d)ecларar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° 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 (...)”.

Si este extremo de la decisión 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 posteriores, sino más bien por el incumplimiento de lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El mandato que da el TC para que se consideren ambas sentencias, según sea el caso, se refiere –como es obvio– a las resoluciones de los años 2001, 2004 y 2005. Así, no parece que sea “irracional” la decisión del TC en este extremo del fallo.

De otro lado, el autor reconoce que “de la lectura de las fundamentaciones y del fallo de esta sentencia es posible concluir que no es posible saber (...)” si los jueces cuyas resoluciones se declararon nulas actuaron inconstitucionalmente. Sin embargo, elabora su análisis sobre la base de frases como: “lo más probable es que el Tribunal Constitucional”, “esta probabilidad adquiere ribetes de certeza”, “es posible sospechar”, “lo más probable es que”, etcétera.

Más aún, sobre la base de estas sospechas, llega a una conclusión tan grave como que “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”.

No 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.

Esto no significa que para realizar el análisis y crítica jurídicos de una sentencia sea necesario tener el expediente a la vista, pero en una sentencia de esta envergadura no me aventuraría a sacar conclusiones apresuradas sobre la base de probabilidades, menos aún a poner en entredicho la vocación democrática de los miembros del TC cuando se afirma que en su actuación ha primado la fuerza antes que la razón. Creo que ni en los peores momentos de la dictadura fujimorista se endilgó algo tan grave a los tres magistrados destituidos arbitrariamente.

Insistir, por ende, en un análisis de las resoluciones judiciales anuladas me llevaría a incurrir precisamente en lo que ahora discrepo; de modo tal que no es en torno a estas cuestiones sobre las que incidiré sino más bien sobre otros aspectos en los cuales no convengo, en línea de principio, con los puntos de vista del autor.

2. LA “INCONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DEL TC

Uno de esos puntos con los que no concuerdo es el que se refiere a la “inconstitucionalidad” de las sentencias del TC. El autor propone, como una cuestión previa, determinar si ¿pueden las resoluciones del TC incurrir en inconstitucionalidad?

La respuesta que da a esta pregunta es afirmativa, aunque, según señala, sólo desde el punto de vista material pero nunca formalmente, porque sus resoluciones no pueden ser cuestionadas en su constitucionalidad por procedimiento interno o internacional alguno. La inconstitucionalidad material se refiere, según el autor, a que los magistrados del TC son personas falibles que pueden llegar a interpretar en contra de la Constitución, el hecho de formar parte de la máxima instancia de control y de interpretación constitucional no les proporciona infalibilidad. Discrepo de la forma como plantea la pregunta el autor así como de la respuesta que ensaya a la misma.

En el Derecho Procesal Constitucional, en general, y en el proceso de inconstitucionalidad, en par-

ticular, las categorías de *inconstitucionalidad formal* e *inconstitucionalidad material* tienen un contenido específico. En el primer supuesto, la inconstitucionalidad de la ley viene determinada por su inobservancia al procedimiento legislativo establecido en la Constitución y en el Reglamento del Congreso de la República; el segundo supuesto se presenta cuando una ley, aun habiendo sido aprobada en observancia estricta del procedimiento legislativo, es contraria al cuadro material de valores, principios o derechos fundamentales.

Teniendo 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 atendiendo a que no son susceptibles de ser cuestionadas en sede interna o internacional, ni de una inconstitucionalidad material de las mismas en función de la falibilidad o infalibilidad de los magistrados del TC. Si lo que se intenta es, más bien, determinar si la sentencia del TC es correcta o incorrecta, se trata de un tema de argumentación constitucional, mas no de un juicio de validez constitucional. Por lo menos no en el sentido que usualmente se entiende el realizar un juicio de constitucionalidad en sentido estricto. Por ello, considero 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 el procedimiento para declarar la inconstitucionalidad *material* de las sentencias del TC?, ¿cuál sería el órgano encargado del control *material* de las sentencias del TC?, ¿quién podría demandar la “inconstitucionalidad” *material* de las sentencias del TC?, etcétera.

Ahora, en ningún sistema jurídico en el cual un Congreso Constituyente haya instaurado un Tribunal Constitucional esto se ha hecho creyendo que los jueces que lo integran son o vayan a ser infalibles al momento de resolver las controversias constitucionales. De hecho, ni el legislador ni la administración lo son. Lo determinante más bien es la necesidad de otorgar una adecuada protección a la supremacía jurídica de la Constitución y a los derechos fundamentales. En esto no puede negarse que al TC le corresponde realizar una tarea bastante importante a fin de institucionalizar y fortalecer nuestro sistema democrático.

Es por el propio reconocimiento que hace la Constitución del TC como órgano de control constitucional que éste adquiere, pues, un *status* o posición jurídica específico dentro de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional. Que los

magistrados del TC son personas susceptibles de equivocarse es una verdad tan evidente que sería irracional intentar sostener lo contrario. Pero ello no riñe con el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico se haya establecido un órgano como el TC: encargado de dar la interpretación final de la Constitución y que debe ser respetado. Por ello, se ha señalado en los Estados Unidos que el Tribunal Supremo no es “infalible” por lo que digan sus jueces, sino porque es la última instancia.

3. LA RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL A PARTIR DE LA SENTENCIA 006-2006-CC/TC

Según afirma el autor, con la sentencia 006-2006-CC/TC el TC ha “lanzado un manto de duda sobre la preparación, cuando no sobre la honestidad, de todos los magistrados del Poder Judicial cuyas resoluciones han sido dejadas sin efecto en la sentencia (...)”. Con una afirmación más dura aun, señala que “o esos jueces han sido comprados por intereses del poder económico o, sencillamente, son manifiestos ignorantes del Derecho”; “entonces sólo quedaría reprochar en todos ellos su tozuda ignorancia y/o su insalvable vocación de corrupción”.

A nadie se le escapa que la relación del TC con el Poder Judicial, tanto en el Derecho constitucional comparado como en nuestro ordenamiento, no ha estado precisamente caracterizada por una interacción libre de fricciones entre ellos. Y es que la Constitución ha consagrado al TC no sólo juez del legislador y de la administración sino también, en clave de derechos fundamentales, juez de los jueces ordinarios a través del control constitucional de las resoluciones judiciales. Ciertamente, la facultad del TC de evaluar la conformidad de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria con los derechos fundamentales no lo convierte en una instancia más de lo resuelto en el proceso ordinario, pero materialmente –y desde el prisma de los derechos fundamentales– sí le corresponde determinar si una resolución judicial es constitucional o no lo es.

Considero que ha contribuido, en mucho, a enrazer las relaciones entre el TC y los jueces ordinarios –particularmente a partir de la sentencia 006-2006-CC/TC– 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. En cuanto a lo primero, no puede decirse que exista una invasión de la esfera de

competencia y de autonomía que la Constitución en su artículo 138 reconoce a los jueces del Poder Judicial; de la misma forma en que cuando el TC declara la inconstitucionalidad de una ley no sigue que exista una afectación de la autonomía del legislador, igualmente la declaración de nulidad de una resolución judicial que vulnera la Constitución no puede llevarnos a la conclusión que el órgano máximo de control constitucional vulnera la independencia de los jueces ordinarios. Nada de eso. Se trata de que el TC, bajo un canon de valoración objetivo y cumpliendo el mandato jurídico del artículo 201 de la Constitución, verifique la conformidad de las resoluciones judiciales con los derechos fundamentales y con sus principios y valores constitucionales.

En lo que se refiere a lo segundo, pensamos que tampoco el control constitucional de las resoluciones judiciales pone en entredicho la idoneidad o la honorabilidad de los jueces ordinarios. Ello por cuanto el parámetro de control no está referido a las cualidades personales o profesionales de los jueces cuyas resoluciones evalúa, sino a la compatibilidad de éstas con la Ley Fundamental, tanto en lo que se refiere a valores y principios constitucionales, como en lo relativo a los derechos fundamentales de las personas.

De ahí que tenga la impresión de que el autor incurre en una apreciación maniquea fundamentalista (o los jueces son ignorantes o son sabios, o son probos o son corruptos) cuando señala que con la sentencia 006-2006-CC/TC el Tribunal Constitucional ha puesto en tela de juicio la probidad e idoneidad de los jueces ordinarios. De dicha sentencia se deriva claramente que la nulidad de las resoluciones judiciales comprendidas en el fallo ha estado determinada por un criterio objetivo como es el cumplimiento del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante de la sentencia 4227-2005-AA/TC, respectivamente.

Con todo y transcurridos ya algunos meses desde que el TC dictara la sentencia 006-2006-CC/TC, el balance de lo resuelto es altamente positivo. A partir de la sentencia, casi la totalidad de las empresas exportadoras 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; es decir, que impedía al Poder Ejecutivo cumplir con su atribución constitucional de hacer cumplir las leyes y las resoluciones judiciales, de conformidad con el artículo 118 incisos 1 y 9, respectivamente. Con ello, considero que el TC ha cumplido no sólo con el Derecho sino también con la gobernabilidad que en este caso el Poder Judicial no supo garantizar; por ello, está de más hablar de una extralimitación del Tribunal Constitucional en la sentencia 006-2006-CC/TC.

SEGUNDA PARTE DE CASTILLO: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL VINCULANTE Y PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

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 trabajo he argumentado que en la decisión del Tribunal Constitucional de atribuir control difuso de la constitucionalidad de las leyes a la Administración Pública²³, más en concreto a

²¹ Expediente 1797-2002-HD/TC, del 29 de enero de 2003. Foja 11.

²² Expediente 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003. Foja 57.

²³ CASTILLO CORDOVA, 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 4. Abril de 2007. pp. 573-601.

“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 inconstitucional extensión a determinados órganos de la Administración Pública, de una función sólo reservada –aun con base en una interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política– para aquellos órganos que tienen atribuida la *iurisdictio*. 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 realice sobre los (normalmente abiertos y generales) dispositivos constitucionales, serán efectuadas 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 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 resultan fundamentales las razones que sustentan una determinada interpretación de cualquiera de las disposiciones constitucionales, de modo que si fuera posible presentar razones mejores o de mayor fuerza, ellas deberán 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 de la Constitución Política), 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 el beneficio sólo puede obtenerse de debatir, obviamente en base a argumentos mejores o más fuertes, las

²⁴ Resolución aclaratoria a la sentencia del Expediente 3741–2004–AA/TC, del 13 de octubre de 2006. Foja 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 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” (Expediente 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005. Foja 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”. 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 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?”. Op. cit. p. 80.

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

²⁸ Expediente 02492–2007–PHC/TC, de 29 de agosto de 2007. Foja 6.

²⁹ Expediente 0004–2004–CC/TC, de 31 de diciembre de 2004. Foja 19.

³⁰ Expediente 2704–2004–AA/TC, de 5 de octubre de 2004. Foja 2.e.

³¹ “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”. En: Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica). Tomo 149. Abril de 2006. pp. 133–139.

³² En este contexto, he argumentado que existen razones para sustentar la incorrección de algunas decisiones del Tribunal Constitucional referidas del Legislativo (Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar”. En: Diálogo con la jurisprudencia. Tomo 100. Enero de 2007. pp. 27–38); del judicial (CASTILLO

interpretaciones que de las distintas 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 válidamente 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 Expediente 0006–2006–PC/TC

Es verdad que una resolución judicial firme que ha sido expedida contraviendo 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 debido proceso”³⁵. 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 expediente 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 expediente 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:

- i. Los jueces del Poder Judicial no pueden convertirse en 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 debe intentar conciliar la vinculación que se ha de reconocer a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el principio constitucional de independencia judicial, que prescribe 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 anteriormente, 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; en segundo lugar, 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.

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 4. Abril de 2007. pp. 573–601); del Ejecutivo (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”. En: Diálogo con la jurisprudencia. Noviembre de 2006. pp. 31–45); y hasta del Poder Constituyente (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial”. En: Jus Jurisprudencia 1. pp. 275–308).

³³ BVerfGE 82, 30 (38).

³⁴ ALEXY, Robert. “Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs”. En: ALEXY, KOCH, KUHLEN, RÜBMANN. “Elemente einer juristischen Begründungslehre, Nomos Verlagsgesellschaft”. Baden – Baden. 2003. pp. 117–122.

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. Lima: Palestra. 2006. p. 344.

³⁶ Expediente 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Primera consideración previa.

³⁷ Sobre esto, ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Justicia Constitucional. Estudios teóricos y prácticos sobre el Tribunal Constitucional”. Capítulo III. En prensa.

- ii. 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).
- iii. El artículo 17, así como la Primera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley 27796, no ha sido declarado constitucional 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 Código Procesal Constitucional. No ha quedado, por tanto, proscrita la inaplicación de los mencionados preceptos legales.
- iv. 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 el 15 de febrero de 2006, día en el que la sentencia del Expediente 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 DE LEÓN: PRIMACÍA CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN DEL TC DE SUS PROPIAS FACULTADES Y CONSECUENCIAS POSITIVAS DE LA SENTENCIA

En esta parte no voy a ahondar en lo ya señalado anteriormente. Me interesa centrarme sí en tres puntos específicos.

En primer lugar, en mi anterior comentario me había referido brevemente a los efectos positivos del precedente vinculante referido al tema del control constitucional en sede administrativa. Se ha señalado, al respecto, una supuesta incoherencia del TC por el hecho de haber reconocido sólo a algunos órganos colegiados administrativos –adscritos al Poder Ejecutivo, que declaran derechos fundamentales y que tengan carácter nacional– de poder realizar el control difuso administrativo.

Creo que aquí no existe incoherencia alguna porque este reconocimiento, como es evidente, no significa que el principio jurídico de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución sólo tenga aplicación para aquellos tribunales administrativos. Considero más bien que la decisión del TC en este caso expresa la *haz* de posibilidades que tiene para modular los efectos de su sentencia. Pretender que el TC se mueva en el terreno jurídico con un criterio del “todo o nada” puede ser peligroso y contraproducente en la resolución de las controversias constitucionales como parece sugerirse. Con este razonamiento jurídico “de extremos” se podría llegar a decisiones que lejos de tutelar la primacía constitucional o los derechos fundamentales terminen desprotegiendo otros bienes constitucionales. Y es que como se ha dicho, entre el blanco y el negro hay una escala de grises que el TC ha sabido identificar.

En segundo término, se afirma que las disposiciones que reconocen competencias y atribuciones se interpretan restrictivamente, pretender ir más allá o contradecir lo constitucionalmente previsto es inconstitucional. Se agrega que una interpretación extensiva de estas disposiciones sólo genera ruina y caos en el Estado constitucional. No comparto este punto de vista porque las disposiciones constitucionales, por su propia naturaleza son abiertas, pasibles de ser interpretadas. Si las competencias y atribuciones estuvieran claramente precisadas en la Constitución, de modo tal que no exista duda sobre lo previsto en ellas, no se producirían los conflictos constitucionales y entonces ¿qué sentido tendría que en nuestro ordenamiento jurídico se prevea

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 Constitución Política).

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.

un proceso constitucional como el competencial? Las disposiciones de la Constitución que reconocen facultades no están exentas de ser interpretadas por parte del TC.

Finalmente, también señalaba anteriormente que un análisis serio de la sentencia 006-2006-CC/TC no debería sustentarse en presunciones o sospechas, sino sobre la base de elementos objetivos. Uno de esos elementos es, por ejemplo, que muchas de las empresas beneficiadas con las resoluciones inconstitucionales declaradas nulas no sólo evadían el pago de sus obligaciones tributarias, sino que también mantenían impagas sus deudas con la administración tributaria. Según la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, años atrás lo recaudado en estas actividades no superaba los tres millones de soles; en el año 2007, esto es, luego de la sentencia 006-2006-CC/TC y de la legislación que previó una regularización de las empresas ilegales, se ha recaudado aproximadamente ciento diez millones de soles⁴⁰. Es innegable, pues, por mucho que se critique: la sentencia del TC ha contribuido a que estas empresas, que realizaban una actividad económica al margen de la ley, regularicen su situación jurídica.

TERCERA PARTE DE CASTILLO: NATURALEZA DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS IMPERATIVAS*

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.

I. NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

A. ¿Una afirmación equivocada?

1. Planteamiento de la cuestión

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

“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 Expediente 0006-2006-PC/TC, dice lo siguiente:

“(d)ecларar 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 del 21 de septiembre de 2001, la del 2 de julio de 2004, la del 17 de enero de 2005, la del 24 de febrero de 2005 y la resolución del 4 de noviembre de 2005.

Pues bien, se califica de *equivocada* mi afirmación sobre la base de 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– a 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.

2. Mi afirmación no está equivocada

En el punto 2 del fallo a la sentencia del expediente 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

⁴⁰ Ver: El Peruano, edición de 18 de enero de 2008. p. 21.

* El profesor Castillo superó el límite de páginas asignado para su tercera parte.

Poder Judicial (LOPJ). Este criterio tiene un doble significado. Por un lado, indica hasta cuándo 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 expediente 4227–2005–AA/TC; el tercero, la sentencia al expediente 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 declaran 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 de la 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 expediente 4227–2005–AA/TC, y si se ha aplicado o no los dispositivos de la Ley 27153 no declarados inconstitucionales en la sentencia al expediente 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 proscriba su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”*⁴¹ (cursivas añadidas).

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 puede concluirse sino irracionalidad (entendida como *irrazonable*)⁴² cuando se repara en la imposibilidad jurídica y de hecho que existe 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 peruano⁴³.

Mi respuesta debería restringirse a esto, en la medida en que mi afirmación cuestionada, y 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 expediente 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.

B. Lo concluyente de mis juicios de valor

Se me ha reprochado también que con base a probabilidades y sospechas haya llegado a una

⁴¹ Expediente 4227–2005–AA/TC, del 2 de febrero de 2006. Foja 43.

⁴² 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”.

⁴³ 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.

conclusión tan categórica como grave: el Tribunal Constitucional ha hecho manifestación de fuerza antes que de razón en la sentencia al Expediente 006–2006–PC/TC. En este contexto, el profesor León Vásquez ha escrito 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) en 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.

1. 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*”⁴⁴.

Según el Tribunal Constitucional, el contenido de la sentencia al expediente 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 sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico”⁴⁵.

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 expediente 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”⁴⁶.

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 Expediente 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 consti-

⁴⁴ Expediente 009–2001–AI/TC, del 29 de enero de 2001. Foja 30.

⁴⁵ Expediente 006–2006–PC/TC, del 13 de febrero de 2007. Foja 43.

⁴⁶ Ibid. Apartado final del punto 1 del fallo.

tucional. 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 Expediente 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 Expediente 009–2001–AI/TC, fue examinada y confirmada la constitucionalidad del artículo 5.1 de dicha ley. Dijo el Tribunal Constitucional que era constitucional porque no vulneraba la autonomía administrativa de los gobiernos locales reconocida en el artículo 191 de la Constitución Política. 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 nulas, 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 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 Expediente 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 Impuesto de Transacciones Financieras:

“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”⁴⁷ (cursivas añadidas).

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?

2. Razones inconsistentes: respecto del cumplimiento del precedente vinculante establecido en la sentencia al Expediente 4227–2005–AA/TC

⁴⁷ Expedientes 0004–2004–AI/TC; 0011–2004–AI/TC; 0012–2004–AI/TC; 0013–2004–AI/TC; 0014–2004–AI/TC; 0015–2004–AI/TC; 0016–2004–AI/TC, y 0027–2004–AI/TC (Acumulados), de 21 de septiembre de 2004. Foja 23.

Otras razones por las 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 expediente 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”⁴⁸ (cursivas añadidas).

Al punto que ha fallado la nulidad:

“(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”⁴⁹.

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; 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 abstraerse 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 autómata que aplica sin valorar lo que aplica ni a qué lo aplica; la segunda, si fuese posible la aplicación automática del precedente vinculante.

La primera exigencia está relacionada directamente con la posición constitucional del juez: órgano que tiene atribuida la *iurisdictio*, 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 auto-

ridad 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 de la Constitución Política– 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 autómata.

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”⁵⁰.

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*”⁵¹.

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

⁴⁸ Expediente 4227-2005-AA/TC, citado, Foja 43.

⁴⁹ Expediente 006-2006-PC/TC, citado. Apartado final del punto 1 del fallo.

⁵⁰ Expediente 0024-2003-AI/TC, citado. Primera consideración previa.

⁵¹ *Ibidem*.

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 autómatas, ni la naturaleza del precedente vinculante permite su aplicación autómatas, 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”⁵² (cursivas añadidas).

Significa esto que el juez no sólo no podrá aplicar como autómatas 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 funda-

mentales), podrá apartarse del precedente y resolver el caso según la nueva interpretación⁵³.

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 y sacramentado a modo de precedente de obligatoria observancia, suele ser el anticipo de ulteriores y a veces hasta urgentes rectificaciones”⁵⁴.

3. 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 expediente 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 expediente 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

⁵² Expediente 04853–2004–PA/TC, del 19 de abril de 2007. Foja 16.

⁵³ 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. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El Tribunal Constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial”. Capítulo III. Porrúa. 2008. En prensa.

⁵⁴ 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: *Ibid.* El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Lima: Palestra. 2007. pp. 121–122.

su constitucionalidad; y es posible 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”⁵⁵.

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.

4. 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 da 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 Constitución⁵⁶.

Por eso decía –y digo– que el Tribunal Constitucional en la sentencia al expediente 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”⁵⁷.

⁵⁵ BARRERE UNZUETA, María Ángeles; CAMPOS RUBIO, Arantza; EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier y Juan IGARTUA SALAVERRÍA. “Lecciones de Teoría del Derecho”. Valencia: Tirant lo blanch. 1998. p. 278.

⁵⁶ 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 atañe a los jueces.

⁵⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Op. cit. p. 598.

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)”⁵⁸, 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”⁵⁹.

II. LA “INCONSTITUCIONALIDAD” DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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.

A. 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.

B. 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*”⁶⁰ (cursivas añadidas).

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

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.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. “Faktizität und Geltung”. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1997. p. 316.

⁵⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. “La argumentación en el Derecho”. Segunda edición. Lima: Palestra. 2005. p. 46.

⁶⁰ Expediente 2704–2004–AA/TC, de 5 de octubre de 2004. Foja 2.e.

C. 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 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 predicen 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 de la Constitución).

III. LA RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL A PARTIR DE LA SENTENCIA 006–2006–CC/TC

A. 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 compe-

tencias 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 fundamental⁶¹, sobre la posición jurídica del Tribunal Constitucional⁶² y sobre la nulidad de las resoluciones judiciales que contravienen el debido proceso formal y material⁶³. 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 expediente 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.

B. 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 de 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 expediente 009–2001–AI/TC. Y esto 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

⁶¹ En: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general”. Tercera edición. Capítulo V. Apartados I y II. Lima: Palestra. 2007. También en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”. En: Anuario de Derecho Constitucional. Tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung. 2006. pp. 879–901.

⁶² Ibid. Capítulo V. Apartado IV.

⁶³ En: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Comentarios al Código Procesal Constitucional”. Tomo I. Segunda edición. Lima: Palestra. 2006. pp. 167 y siguientes.

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 bajo 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 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?

C. 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 cuáles son los artículos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad y para determinar cuál es el precedente vinculante que ha de cumplir siempre el juez, entonces ¿por qué razón fallaron en contra de 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 sabe leer, ya que no aciertan en 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 expediente 009–2001–AI/TC, y que también el juez podía resolver no aplicando el precedente recogido en el Expediente 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 requería –también como aquí lo he propuesto– un análisis particularizado de modo que se llegase a nulidades particularizadas. De hecho, ése 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 mí, 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 expediente 006–2006–PC/TC.

D. 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 estas 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”⁶⁴.

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.

IV. 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 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”⁶⁵. Se puede decir más alto, pero no más claro.

⁶⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional? Op. cit. p. 598.

⁶⁵ NIETO, Alejandro. “Crítica de la Razón Jurídica”. Madrid: Trotta. 2007. p. 28.