

## EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: SUS ALCANCES Y VENTAJAS, Y LOS RIESGOS DE NO RESPETARLO O DE USARLE EN FORMA INADECUADA EN LA RECIENTE COYUNTURA PERUANA

*Constitutional precedent: scope, advantages, and risk of abuse or misuse in Peru's present juncture*

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera \*

### RESUMEN

Este artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y los alcances de los precedentes emanados de sus sentencias, como asimismo, desarrolla una argumentación favorable a su respeto.

### PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional. Precedente constitucional.

---

\* Catedrático de Pre y Post Grado en Derecho Constitucional, Administrativo y Procesal Constitucional de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura y Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial) del Perú. Integrante, entre otras instituciones, de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, además de miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Peruana de Derecho Procesal. [aespino@pucp.edu.pe](mailto:aespino@pucp.edu.pe) Artículo recibido el 17 de mayo de 2006 y aprobado el 14 de junio de 2006.

## ABSTRACT

This article analyzes the case law and the scope of the precedents emanating from the Peruvian Constitutional Court, arguing in its favor.

## KEY WORDS

Constitutional Court. Constitutional precedent.

## LA APUESTA POR CONSOLIDAR A LOS PRECEDENTES CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ

Si tuviéramos que dilucidar cuál es el sentido o utilidad de un precedente, tal vez habría más de un criterio distinto sobre el particular.<sup>1</sup> Sin embargo, si lo que deseáramos establecer es si actualmente existen precedentes constitucionales emanados de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, y además, debiéramos analizar cuál sería su impacto en la actuación de los otros órganos y/u organismos existentes dentro del aparato estatal de nuestro país, probablemente muy pronto se generaría cierto consenso en admitir que estamos recién ante un “modelo por armar”, una tendencia hacia la cual vienen dándose unos primeros pasos en forma sistemática, aun cuando no por ello exenta de riesgos.

---

<sup>1</sup> No nos estamos aquí refiriendo a la diferencia de los alcances que puede tener un precedente, situación en donde la clasificación planteada –entre otros– por Carl Sunstein posee una innegable relevancia. Ese es un tema cuyo desarrollo dejamos para un momento posterior. En este apartado lo que intentamos abordar es cuál sería el sentido último de establecer precedentes jurídicos en general, y constitucionales en particular.

Como seguramente es conocido por muchos, no son pocos quienes plantean que el sentido último de recurrir a la técnica del precedente es el de preservar la igualdad. Sin duda, algo de eso hay: sin embargo, y en la misma línea de lo planteado por diversos autores, aquí resulta indispensable introducir algunos matices. En primer lugar, precedente e igualdad no son términos sinónimos. Ello debido a que, en rigor, el precedente se encuentra más directamente relacionado con una intención de universalización en cuyo sustento cuenta muchísimo una preocupación por alcanzar seguridad jurídica antes que, en el mejor de los casos, una plasmación de la dimensión formal de la igualdad. Coincidimos entonces en este punto, en líneas generales, con lo señalado por, entre otros, por Gascón Abellán, Marina. 1993. *La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. Madrid, Tecnos.

Ahora bien, justo es reconocer que no son pocos quienes sí consideran que en la base de la justificación del precedente el elemento central se encuentra la tutela de la igualdad. En este tenor la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la cual, a partir de su sentencia 144/1998, incluso va a manejar una comprensión restrictiva sobre los alcances que en este escenario tendría la igualdad, identificándola solamente con la necesidad de evitar aplicaciones discriminatorias (distintas sin justificación razonable) de una norma.

Nos explicamos: hasta hace muy poco tiempo ya existían algunos pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución peruana vigente, dedicados en gran medida a orientar, a partir de un caso concreto, cómo debieran comprenderse los alcances de una figura o institución contenida o vinculada con el caso que en particular viene analizando. Estamos aquí ante las denominadas sentencias instructivas, instrumentos que el Tribunal Constitucional ha hecho un uso reiterado, como lo demuestra, por solamente dar un ejemplo, el caso “Eleobina Aponte”, en donde buena parte de dicha sentencia se encuentra dedicada a explicar las diferentes posibilidades o subtipos de hábeas corpus existentes, abandonándose así la idea de un hábeas corpus circunscrito a su formulación clásica o reparadora (Expediente 2663-2003-HC/TC).

En otros casos, el Alto Tribunal se limitaba a insinuar o plantear por dónde consideraba pertinente fuese la interpretación, desarrollo o comprensión de un tema o institución vinculados con la sentencia que viene conociendo. Ello únicamente buscando asegurar cierta predictibilidad en el futuro tratamiento a darle a esos temas o instituciones. Lo resuelto en “Eusebio Llanos Huasco” (Expediente 976-2001-AA/TC), en donde el Tribunal Constitucional esboza cómo cree que debieran entenderse las distintas modalidades de despido, es una muestra bastante ilustrativa de lo que acabamos de describir.

Mención aparte merecen las denominadas “sentencias interpretativas”, en donde, siguiendo lo ya planteado en otros ordenamientos jurídicos<sup>2</sup> se distinguirá entre disposición (el enunciado) y norma (los alcances y efectos jurídicos que pueden alcanzar) para, a continuación, efectuar una nueva lectura de los alcances de una serie de leyes y demás instrumentos normativos tratando de salvar su constitucionalidad o circunscribiendo el ámbito más reducido posible una eventual declaración de inconstitucionalidad de ciertos preceptos. En esta línea encontramos a pronunciamientos como los emitidos ante casos como “Tineo Silva” (Expediente 010-2002-AI/TC).

Y, como si lo expuesto no fuese suficiente, nuestro Tribunal Constitucional peruano incluso llegó a emplear la técnica del Prospective Overruling, o de eficacia prospectiva de alguno de sus pronunciamientos. Así pues, ante procesos como “Juan Carlos Callegari Herazo” (Expediente 090-2004-AA/TC), el supremo

---

<sup>2</sup> Recomendamos ver al respecto, entre otros, lo señalado por Díaz Revorio, Francisco Javier. 1997. *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; o, del mismo autor, 2003. *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra; Zagrebelsky, Gustavo. 1988. *La Giustizia Costituzionale*. Bolonia, Il Mulino; Pizzorusso, Alessandro. 1984. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (especialmente su volumen II), y un largo etcétera.

intérprete de la Constitución de 1993 pasa a fijar criterios sobre cómo deben a futuro regularse temas como el del retiro de miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales por causal de renovación de cuadros.

Con todas estas pautas se buscaba trascender más bien de una visión limitada del juez constitucional como mero legislador negativo, intentando situarle en el rol de quien dosifica o marca la comprensión del ordenamiento jurídico en su conjunto bajo los parámetros que subyacen a su texto constitucional. Sin embargo, y muy a despecho de la innegable calidad de alguno de los aportes efectuados, esta labor se hacía sin mayor predictibilidad. Incluso el trabajo interno del Supremo intérprete de nuestra Constitución, con salas que podían al mismo tiempo estar pronunciándose sobre los mismos temas, conspiraba en contra de dicha predictibilidad.

Se llegó entonces a situaciones en las cuales no solamente se manejaban enfoques distintos, sino incluso se configuraban pronunciamientos diferentes ante materias sustancialmente iguales.<sup>3</sup> Además, en muchos temas clave, sobre todo vinculados con el tratamiento de los diversos Derechos Fundamentales, había más de una acepción o comprensión al respecto.<sup>4</sup> Ello indudablemente resentía la credibilidad de los diferentes jueces constitucionales, dificultándose la consolidación de su rol dentro del ordenamiento jurídico peruano, y la materialización de sus labores de constitucionalización del Derecho o comprensión de toda la normativa nacional bajo los parámetros recogidos en el texto constitucional vigente.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Un buen ejemplo de ello lo conseguimos comparando dos situaciones sustancialmente iguales: los casos “Luis Bedoya de Vivanco” (Expediente 139-2002-HC/TC) y “Luis Vicente Silva Checa” (Expediente 1091-2002-HC/TC). En ambos se discute la constitucionalidad de una medida cautelar de detención planteada ante una imputación de peculado sustentada en la irregular recepción de fondos asumidos como públicos. Sin embargo, y en base a distintos argumentos, en uno de los casos la demanda fue declarada fundada y en el otro improcedente.

<sup>4</sup> La constatación de una serie de pronunciamientos imprecisos y hasta contradictorios entre sí, los cuales demostraban la falta de consenso en varios temas, y entre ellos, en lo referido a una teoría general sobre los Derechos Fundamentales que inspire lo sostenido en sus sentencias es un tema que analizamos y sobre el cual nos pronunciamos en nuestro “Derechos Fundamentales: la conveniencia de adoptar una teoría general al respecto y el papel que le corresponde a un Tribunal Constitucional en este esfuerzo”, en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinador). 2005. *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista, pp. 23 y ss.

<sup>5</sup> Procediéndose incluso a iniciar lo que se ha denominado “constitucionalización de la política”, o por lo menos, una preocupación por encuadrar el quehacer político dentro de parámetros constitucionales, poniendo así en entredicho la subsistencia de categorías como la de “actos políticos” o de direccionalidad política. Nuestra posición sobre el particular se encuentra desarrollada con más detalle en el libro *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima, Ara Editores, 2003; pero también en el artículo “Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como ‘políticos’ o ‘de direccionalidad política’”, en: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Normas Legales, Año XLVIII, N° 14, enero-marzo 1998, pp. 63 y ss.

El peligro en que se incurría era a todas luces muy grave: y es que con jueces constitucionales sin líneas jurisprudenciales claras que consagren, por ejemplo, una opción por una teoría general de los Derechos Fundamentales, la misma coherencia, consistencia y vigencia de todo Estado Constitucional que se precie de serlo es justamente lo que se pone en entredicho, con todo lo que ello puede acarrear.

La situación llegó a extremos preocupantes, y no solamente por lo expuesto, sino también frente a las dudas que generaba el determinar qué aspectos del fallo de un juez constitucional generaba efectos vinculantes. Por ello, y aun cuando técnicamente puede ser discutible, se explica lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dice a la sazón lo siguiente:

“(...) Las 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. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de Derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

El sentido del presente trabajo es el de analizar los acontecimientos generados como consecuencia de la puesta en vigencia de este precepto, poniendo especial énfasis en las acciones tomadas al respecto por el Tribunal Constitucional peruano y las repercusiones que ello ya viene generando y que eventualmente pueden acarrear. Pasamos pues a asumir esa tarea de inmediato.

## EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SU ACTUAL USO DEL PRECEDENTE

### La presentación de dos grandes líneas de acción

Luego de entrar en vigencia el Código Procesal Constitucional peruano, justo es reconocer que ha habido una preocupación del supremo intérprete de nuestra Constitución por tratar de desarrollar su labor dentro de los márgenes hoy explícitamente establecidos. Sin embargo, necesario es acotar cómo en lo allí planteado, junto a innegables aciertos, se dan una serie de imprecisiones y se toman opciones discutibles y hasta, dicho con todo respeto, se asumen alternativas que reputamos erróneas y hasta probablemente contraproducentes.

Dos han sido las grandes líneas dentro de las cuales consideramos puede encuadrarse la labor del Tribunal Constitucional peruano sobre el particular. Sin

que el orden utilizado signifique establecer alguna jerarquía al respecto, mencionaremos, en primer lugar, a la emisión de una sentencia en donde el Alto Tribunal quiere, en una típica lógica de sentencia instructiva, darnos a entender cuál es su concepto de precedente constitucional y qué diferentes alcances le da a este tipo de pronunciamientos. Y en segundo término, pronto van a comenzar a emitirse algunas resoluciones para las cuales expresamente se reclamará el carácter de precedente vinculante. Los alcances de estas importantes líneas de acción son en nuestra opinión aquellos que siquiera puntualmente abordaremos a continuación.

### El caso “Municipalidad Distrital de Lurín” o el precedente sobre cuándo estamos ante un precedente y cuáles son sus elementos y alcances

Con fecha diez de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional peruano emitió sentencia frente a la causa recogida en el Expediente 0024-2003-AI/TC, controversia donde la entidad demandante era la Municipalidad Distrital de Lurín. Ante la entonces muy próxima entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el Alto Tribunal aprovecha la ocasión para establecer alguna de las pautas que en su momento deberá seguir en estricta aplicación de lo previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código mencionado.

Es en mérito a ello que el Tribunal Constitucional peruano indicará qué entiendo por precedente, cuál es su objetivo y contenido, qué elementos lo configuran, con qué tipo de condiciones cuenta, cuándo puede aprobarse y/o cambiarse, qué recaudos tienen que tomarse si se van a hacer modificaciones, y, en cualquier caso, cuáles son los efectos (tanto a nivel personal como en el plano temporal) de dichos precedentes.

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano en “Municipalidad Distrital de Lurín”, precedente sería aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto, la cual va a establecerse como regla general, y por lo mismo, deviene en pauta normativa para la resolución de futuros casos de naturaleza análoga.<sup>6</sup> Su objeto sería, por un lado, asegurar predictibilidad, orden y coherencia de su jurisprudencia; y de otro, consolidar el rol y/o el poder nor-

---

<sup>6</sup> En este sentido lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) emitida frente a lo prescrito en el Expediente 0024-2003-AI/TC. Lamentablemente las copias que hemos obtenido de esta sentencia no incluyen numeración alguna en sus considerandos, lo que sin duda dificulta la correcta cita de algunas partes de su texto.

mativo del juez y/o el Tribunal Constitucional.<sup>7</sup> Si aplicamos aquí las categorías utilizadas para analizar los alcances y objetivos considerados como propios del precedente en los Estados Unidos de Norteamérica, lo expuesto parece inscribirse dentro de lo que Carl Sunstein,<sup>8</sup> junto con otros autores, ha denominado como postura maximalista.

Como bien sabemos, las posturas maximalistas apuntan a resolver cuestiones jurídicas controvertidas de modo abstracto y general, sin atender en forma detallada a las particularidades fácticas que rodean el caso. El caso resuelto solamente sirve para ilustrar una de las posibles concretizaciones de las reglas a aplicarse,<sup>9</sup> y por ende, aquí bien podrían plantearse los reparos que habitualmente se efectúan sobre esa perspectiva (la generalidad de sus formulaciones, las cuales, aparte de poder resultar demasiado imprecisas para responder a la complejidad fáctica o moral del tema que aborda, tiende a facilitar una vulneración de lo allí descrito; y la dificultad existente para lograr consensos al respecto, dentro de un órgano colegiado), cuestionamientos que convendría no perder de vista.<sup>10-11</sup>

---

<sup>7</sup> Recomendamos entonces revisar la STC 0024-2003-AI/TC, y más directamente el párrafo número veintisiete de su apartado titulado “Fundamentos”.

<sup>8</sup> Clasificación desarrollada en el muy conocido trabajo de Sunstein, Carl. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York-Oxford, Oxford University Press, 1996.

<sup>9</sup> Una buena explicación y resumen de esta postura la encontramos en Magaloni Kerpel, Ana Laura. *El Precedente Constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid, Mc Graw, 2001, especialmente pp. 118 y ss.

<sup>10</sup> En este sentido van las críticas de Sunstein, Carl, op. cit. pp. 16 y ss., así como en su ensayo 1996, “Leaving Things Undecided”, en: *Harvard Law Review*, vol. 110, Harvard. De allí que el mismo Sunstein, mas no solamente él, promueven la existencia de decisiones minimalistas, donde el juzgador se limita a señalar lo absolutamente indispensable para resolver el caso que tiene entre manos, centrando para ello su atención en las particularidades fácticas del caso o en un aspecto concreto del problema sometido a su competencia, pero, en cualquier supuesto, eludiendo dar una respuesta completa y general a lo que debe resolver.

<sup>11</sup> En realidad, y a pesar de adscribirse a una postura minimalista, Sunstein admite que el maximalismo será una buena alternativa cuando, por un lado, exista un mayor consenso entre los miembros de un colegiado sobre la solución a alcanzar, y además, se demande mucha certeza y predictibilidad jurídica en una respuesta concreta. El mismo Sunstein indicará que, en su opinión, el minimalismo suele ser más útil para enfrentar asuntos muy complejos, ya sea por reducir los costos de alcanzar acuerdos o los de incurrir en error, pero también en tanto y cuanto deja el riesgo de ir ajustando las respuestas en una lógica de ensayo y error a la casuística judicial. Recomendamos entonces revisar Sunstein, Carl. “Leaving...”, op. cit., sobre todo pp. 15-18. Una defensa de la postura maximalista la encontramos en trabajos como los de Anthony Scalia (y sobre todo en su “The Rule of Law as a Law of Rules”, en: *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989) o F. Schaner (fundamentalmente en su “Rules and The Rule of Law”, en: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, 1991) el “Playing by The Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Live”. Oxford-New York, Clarendon Press, 1992. Por otro lado, además de Sunstein, el minimalismo tiene importantes expresiones en el ya clásico trabajo de E. Levi intitulado *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago, University of

A continuación, el Tribunal Constitucional peruano, consecuente con su intención por elaborar una sentencia instructiva, luego de mencionar qué elementos configuran cualquier sentencia, entrará a precisar qué condiciones considera necesarias para que pueda recurrirse a un precedente, cuáles son los presupuestos que reputa indispensables para establecer un precedente vinculante (o para cambiarlo) o qué recaudos debían tomarse si ha decidido modificarse un precedente.

Pero si esto no fuera suficiente, también en esta sentencia el Alto Tribunal explicará cuáles son, en su opinión, las implicancias de establecer un precedente, las pautas exigibles y las consecuencias de darle una eficacia prospectiva a este tipo de pronunciamientos, y, finalmente, los efectos de las sentencias constitucionales, generen o no precedentes. Todos estos supuestos tienen, en el pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución peruana vigente, algunos alcances que aquí solamente nos limitaremos a reseñar.

Se considerarán como elementos de toda sentencia, además de su sustento axiológico (razón declarativa axiológica para el Tribunal),<sup>12</sup> y siguiendo así parámetros consensualmente aceptados a nivel mundial, la *ratio decidendi* o razón suficiente (el *holding* del precedente norteamericano); el *obiter dicta*, *dictum*, o, como lo denomina el Tribunal en “Municipalidad Distrital de Lurín”, la razón subsidiaria o accidental; la invocación perceptiva; y, finalmente, la decisión, *decisum* o fallo.<sup>13</sup>

Se denomina razón declarativa axiológica a aquella parte de una sentencia en la cual se incluyen las reflexiones o juicios sobre los valores y principios que el o los juzgadores (as) asumen como contenidos en la Constitución, reflexiones o juicios que le permitirán luego justificar la opción que escojan. Por otro lado, la razón suficiente o *ratio decidendi* es sin duda la parte medular de la argumenta-

---

Chicago Press, 1949; o en textos como el de R. Posner, *The Federal Courts. Crisis and Reform*. Cambridge, Harvard University Press, 1985.

Buenas explicaciones en español sobre estas dos perspectivas del precedente constitucional en los Estados Unidos son las de Magaloni Kerpel, Ana Laura, op. cit., loc. cit.; o Escovar León, Ramón, “El Precedente Constitucional: Definición y Límites”, en *Revista de Derecho Constitucional* N° 8. Caracas, Sherwood, julio-diciembre 2003, especialmente pp. 233 y ss., por solamente citar unos textos al respecto.

<sup>12</sup> Consignar este aspecto como parte de un precedente constitucional implica, qué duda cabe, adscribirse a aquellas posiciones en las cuales se asume que toda Constitución –salvo que sea una de tipo semántico– se sustenta, o por lo menos incluye un conjunto de valores. Sobre modelos de Constitución en un escenario contemporáneo recomendamos revisar Comanducci, Paolo. 2005, “Modelos e Interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador). *Interpretación Constitucional*. México, Porrúa-UNAM, tomo I.

<sup>13</sup> En ese sentido conviene revisar lo prescrito en la ya mencionada STC 0024-2003-AI/TC, y más propiamente a partir del cuarto párrafo dentro de su apartado intitulado “Fundamentos”.

ción de una sentencia, la formulación general del razonamiento que permite a un (a) juzgador (a) resolver como finalmente lo hace. Se encuentra expresamente planteada en la sentencia o puede inferirse de analizar la decisión tomada, las situaciones fácticas relacionadas con esa decisión, o del contenido de las consideraciones argumentativas que permiten construir ese pronunciamiento.

En cambio, *obiter dicta*, *dictum* o razón subsidiaria o razón accidental son denominaciones que apelan a aquellas reflexiones o acotaciones no centrales para sustentar la decisión adoptada pero que se consignan en una sentencia, supuestamente atendiendo a razones pedagógicas u orientadoras. Por otra parte, cuando se habla de invocación preceptiva, se está haciendo referencia a aquella parte de una sentencia donde se consignan las normas utilizadas o, mejor dicho, interpretadas para resolver un caso concreto, estimando o desestimando la petición o pretensión buscada. La decisión, como no podía ser de otra manera, incluye tanto el acto de decidir como el contenido de lo decidido.

Pasando luego al tema de las condiciones exigibles para recurrir a un precedente, se demandará que exista una relación entre el caso a resolver y el precedente vinculante que se busca establecer, y el establecer una decisión jurisdiccional con vocación de cosa juzgada.<sup>14</sup> Por otro lado, presupuestos asumidos como indispensables para establecer un precedente vinculante (o para modificarle) son los de acreditar la existencia de pronunciamientos contradictorios –o, por lo menos, conflictivos– sobre un mismo tema; constatar la existencia de una interpretación errónea de una norma, con todo lo que ello puede acarrear; encontrarse ante un vacío normativo; o verse ante una norma con distintas interpretaciones posibles pero sin que todavía alguna de ellas hubiese sido acogida en sede jurisdiccional. A estos rasgos habría, en el caso de cambio de precedentes, que

---

<sup>14</sup> Ello es lo consignado a partir del párrafo treinta uno del apartado “Fundamentos” de la sentencia que venimos analizando. Sobre los alcances del precedente constitucional, aparte de la bibliografía en inglés y castellano ya mencionada, pueden citarse como ilustrativos trabajos en idioma español, entre otros, los de Iturralde, Victoria. 1995. *El Precedente en el Common Law*. Madrid, Civitas; Casal, Jesús María. “Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional”, en: *Revista de Derecho Constitucional*, N° 8. Caracas, Sherwood, julio-diciembre, sobre todo pp. 264 y ss. Un par de anotaciones más. La primera de ellas está dirigida a anotar que el origen del precedente norteamericano se encuentra en Inglaterra, donde el desarrollo de esta institución se ha mantenido hasta la actualidad, tal como lo demuestran interesantes trabajos. Uno de ellos, con la ventaja adicional de estar escrito en idioma español, es el de Adrián Hernández, T.M. “Aproximación crítica a los sistemas de precedentes judiciales vinculantes”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 8. Caracas, Sherwood, julio-diciembre, sobre todo pp. 264 y ss. Por otro lado, justo es aclarar que la expresión “holding” es más propia del escenario norteamericano, mientras que “ratio decidendi” es un término más propio de la experiencia inglesa. Sin embargo, tal como normalmente se hace en América Latina al analizar estos temas, usaremos ambas denominaciones como sinónimos.

añadirle una, a nuestro criterio peligrosamente imprecisa, “necesidad de modificar precedentes”.<sup>15</sup>

Esa eventual modificación de precedentes exigirá que se tomen ciertas garantías, entre las cuales destacaban la expresión de los fundamentos de hecho y Derecho en que se sustenta; la especificación de la razón declarativa-teleológica, la razón suficiente y la invocación preceptiva del nuevo razonamiento; y, por último, la determinación de los efectos en el tiempo de este pronunciamiento.

En cualquier caso, la existencia de un precedente implicará el encontrarse ante similitudes en el plano fáctico entre aquellos casos a resolver en el futuro y el que en su momento emana o genera el precedente al cual hacemos mención. También podrá invocársele en los casos cuyas eventuales diferencias no son de tal magnitud como para justificar un trato distinto.

Algo que también se hace manifiesto en “Municipalidad Distrital de Lurín” es que, tal como hoy se acepta doctrinariamente casi sin mayor debate, pueden regularse los efectos de un precedente. Esa posibilidad de eficacia prospectiva, de acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, puede materializarse en dos formas. Una de ellas se configura haciendo que un cambio de precedente rija de inmediato, afectando tanto a procesos futuros como a casos en trámite. Sin embargo, otra manera de presentarse la eficacia prospectiva de un fallo puede plasmarse si allí mismo se determina que la entrada en vigencia de una modificación a un precedente puede diferirse a un momento en particular.

En “Municipalidad Distrital de Lurín”, encontramos además cómo se hace referencia a los efectos que puedan tener las diferentes sentencias constitucionales, generen o no precedentes, tanto en torno a las personas como en función a su aplicación en el tiempo. Tomando en cuenta el factor personal, las sentencias tienen efectos directos (entre las partes involucradas en la controversia o incertidumbre sometida al conocimiento de un (a) juzgador (a)) o indirectos (para la ciudadanía en general y los poderes públicos).

Si nos ceñimos más bien a la variable temporal, las sentencias podrían tener alcances retroactivos (como las emitidas en los procesos de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data<sup>16</sup>) o irretroactivas (aplicable en el Perú a lo resuelto en los

---

<sup>15</sup> En ese tenor se pronuncia la STC 0024-2003-AI/TC, y más específicamente a partir del párrafo cuarenta y cinco del apartado “Fundamentos” de este pronunciamiento.

<sup>16</sup> Ello en tanto y cuanto su objeto es volver las cosas a su estado original, el existente antes de la violación o amenaza cierta e inminente a la vigencia de algún derecho fundamental (ver al respecto lo previsto en el primer artículo del Código Procesal Constitucional). Aquí también deberíamos incluir a las sentencias en los procesos de Acción Popular (no mencionados en “Municipalidad Distrital de Lurín” probablemente por no constituir procesos que sean conocidos

procesos de Inconstitucionalidad, Cumplimiento y Competenciales<sup>17</sup>). Lo expuesto no descarta incluso la posibilidad de dictarse sentencias con eficacia diferida, o sometidas a una *vacatio sententiae*.

Si en líneas generales tuviéramos que comentar lo reseñado en “Municipalidad Distrital de Lurín”, diríamos que lo allí consignado, a veces más parecido a un manual que a una sentencia judicial, es esencialmente correcto. Sin embargo, y con solamente una rápida mirada al caso en el cual fuese planteado, nos sentimos en la obligación de explicitar alguna preocupación por la, al menos aparente, falta de coherencia que encontramos entre las especiales características del caso en cuestión y las propuestas planteadas en los considerandos de su sentencia.

Nos explicamos: y es que si analizamos la controversia que motivó “Municipalidad Distrital de Lurín”, pronto apreciaremos que ella era relativamente sencilla, y además no parecía ser la situación más adecuada para justamente recoger todo lo apuntado por el Tribunal Constitucional peruano en el tema del precedente.

Como es de conocimiento general, la Municipalidad Provincial de Huarochiri<sup>18</sup> se había autoasignado la competencia de fijar su propia demarcación territorial, y en base a ello concedía a su municipio distrital de Santo Domingo de los

---

por el Tribunal Constitucional peruano), en donde los(as) juzgadores(as) del Poder Judicial o judicatura ordinaria peruana pueden regular los efectos de sus sentencias, teniendo así esas sentencias en los hechos alcances retroactivos para la mayor parte de casos.

<sup>17</sup> Valgan aquí dos precisiones: en primer lugar, y en mérito a lo expresamente prescrito en el artículo 204 de la Constitución peruana de 1993, en principio se asume que, por lo menos en nuestro país, las sentencias emitidas dentro de un proceso de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. Justo es reconocer que, producto de una interpretación sistemática y no literal de la Constitución, se ha admitido alguna salvedad a la regla general (por lo menos para el ordenamiento jurídico peruano), gracias a la cual las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los cuales se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales y salvedades vinculadas a materias como las previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y el último párrafo del artículo 74 de la Constitución actualmente vigente en el Perú.

En segundo término, cabe resaltar que, si apreciamos con rigor cuál es la pretensión tutelada en un medio procesal con el Proceso de Cumplimiento, bien veremos que, muy a despecho de lo declarado por algunos, no implica a aspecto alguno de la supremacía constitucional. Estamos pues más bien ante un proceso “constitucionalizado” o recogido en el texto de nuestra Constitución, y no frente a un proceso constitucional, si es que se entiende este concepto como la referencia a un medio procesal especial, específico y expeditivo para proteger determinado(s) aspecto(s) de la supremacía de la norma considerada como fundamental dentro del ordenamiento jurídico peruano.

<sup>18</sup> Como seguramente ya se conoce, el Estado peruano se divide en regiones (hasta hoy configuradas en base a los antiguos departamentos, pauta de organización originalmente destinada a facilitar una administración del territorio imbuida de una lógica centralista controlada desde Lima, rasgo que de alguna manera se preserva incluso actualmente), provincias y distritos. Cada región incluye a distintas provincias, y, a su vez, cada provincia a algunos distritos.

Olleros la posibilidad de intervenir y tomar acciones en el territorio correspondiente al municipio distrital de Lurín, perteneciente a la provincia de Lima.

Analizando la normativa peruana vigente, quedaba claro que estamos ante competencias del gobierno central (la determinación de la configuración del territorio) y el Congreso (su formal aprobación). Es pues ante un conflicto de competencias como éste, tramitado en nuestro país, mediante proceso de inconstitucionalidad por generarse en una ordenanza municipal (norma con rango de ley en el Perú)<sup>19</sup> el cual se plantea toda esta exhaustiva referencia al precedente constitucional. Ello es especialmente preocupante si tomamos en cuenta que la relación entre el caso específico y el o los temas en los cuales quiere establecerse un precedente es planteada por el mismo Tribunal como una condición de indispensable cumplimiento para emitir un pronunciamiento con esas características, elemento que precisamente no es notorio en “Municipalidad Distrital de Lurín”.

Ahora bien, e independientemente de esa indisimulable incongruencia entre los postulados que se explicitan y el caso escogido para desarrollarlos, sin duda lo prescrito en “Municipalidad Distrital de Lurín” proporcionó los elementos para que luego el Tribunal Constitucional peruano emprenda la tarea de emitir varias sentencias, pronunciamientos para los cuales ha reclamado carácter de precedente vinculante, con el aspecto adicional que, por lo menos en tres de ellos, se han abordado temas cruciales para el funcionamiento del mismo Tribunal Constitucional, así como para la comprensión del ordenamiento jurídico peruano en general. Los tres pronunciamientos además, necesario es anotarlo, han generado más de una controversia lo cual sin duda hace mucho más interesante su análisis.

Nos estamos refiriendo aquí especialmente a lo resuelto en los casos “Pedro Lizana Puelles” (sentencia emitida frente al expediente 5854-2005-PA/TC), “Manuel Anicama Hernández” (expediente 1417-2005-AA/TC) y “Maximiliano Villanueva Valverde” (expediente 0168-2005-PC/TC). En estas tres sentencias, mas no solamente en ellas, se han hecho importantes aseveraciones, algunas sin duda bastante polémicas, y que incluso generan un debate sobre hasta dónde pueden llegar las atribuciones de un(a) juez(a) constitucional. Sin poder ser exhaustivos al respecto, pasaremos a reseñar algunos aspectos que indudablemente pueden generar una importante reflexión, y ya no únicamente sobre los precedentes constitucionales, reflexión que aquí mínimamente procederemos a esbozar.

---

<sup>19</sup> Las ordenanzas municipales –sin importar si provienen de municipios provinciales o distritales– tienen, de acuerdo con lo señalado en el cuarto inciso del artículo 200 de la Constitución peruana de 1993, rango y fuerza de Ley. Por otro lado, y siguiendo lo ya prescrito en una normativa como la española, los casos en los cuales se generase un conflicto competencial, sin importar si éste es positivo o negativo, si es que eran producidos por una norma a la cual se le reconoce a la vez fuerza y rango de ley, se tramitarán en el Perú ciñéndose a los parámetros de un proceso de inconstitucionalidad.

Algunas anotaciones sobre ciertos parámetros que el Tribunal Constitucional peruano ha comenzado a establecer a través de pronunciamientos a los cuales reclama considerar como precedentes.

### El caso “Pedro Andrés Lizana Puelles”

Si ha existido un concepto técnicamente muy mal tratado a nivel constitucional y legal en el Perú, ese es el de Jurisdicción. Y es que, en primer término, cotidianamente se confundía y confunde jurisdicción con competencia, ya que desde la misma Constitución parece apreciarse un uso muy laxo de “jurisdicción”, pues allí se habla de que las comunidades campesinas y nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales o deja abierta la posibilidad de que pueda hablarse de la existencia de una jurisdicción arbitral.<sup>20</sup> Ello muy a despecho de que hoy a nivel mundial existe consenso en manejar una noción más rigurosa o estricta de lo jurisdiccional, identificándole como un poder deber del Estado mediante el cual se produce la actuación de una autoridad competente e imparcial, resolviendo conflictos de interés o situaciones de incertidumbre jurídica en la mayor igualdad de condiciones posibles y con un carácter definitivo,<sup>21</sup> respetando así los no por antiguos menos importantes, conceptos de *notio*, *vocatio*, *coertio*, *executio* e *iudicium*.

Sin embargo, allí no quedan los problemas generados por el tratamiento constitucionalmente otorgado a estas materias en el Perú. Una lectura literal de los artículos 142 y 181 de la Constitución de 1993 podría llevar a pensar que existían instituciones (algunas de ellas incluso con una naturaleza claramente administrativa, como es el caso del Consejo Nacional de Magistratura) que emitirían pronunciamientos irrevisables en sede jurisdiccional.<sup>22</sup> Si a ello le añadimos la idea, incluso sostenida por el Tribunal Constitucional peruano, de que existían cuestiones políticas no justiciables,<sup>23</sup> bien pueden entenderse las enormes difi-

---

<sup>20</sup> Postura que, en nuestra opinión en forma errónea, desafortunadamente ha sido asumida por el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Fernando Canturías Salaverry” (expediente 6167-2005-PHC/TC).

<sup>21</sup> En este sentido, entre otros, se encuentra lo señalado por Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I, Bogotá, Temis, 1996, p. 213.

<sup>22</sup> Constitución Política del Perú de 1993:  
Artículo 142: No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

Artículo 181: El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

<sup>23</sup> Conviene aquí revisar lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Guillermo Rey Terry” (expediente 340-98-AA/TC).

cultades existentes en el Perú para consolidar fenómenos como los de la “constitucionalización del Derecho” o el esfuerzo por, si cabe el término, “constitucionalizar la política”.

Ahora bien, y asumiendo así a cabalidad los alcances que hoy se le reconoce a la interpretación constitucional,<sup>24</sup> el Tribunal Constitucional peruano comenzó a admitir amparos contra decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones, apartándose así de aquello a lo que podía llevar una lectura más bien literal y poco sistemática del texto de la Constitución de 1993.<sup>25</sup> Entre estos pronunciamientos, fundamentalmente amparados en vulneraciones a diversos aspectos del derecho a un Debido Proceso, se encontraban los emitidos en los casos “Diodoro Antonio Gonzales Ríos” (expediente 2409-2002-AA/TC), “Walter Julio Peña Bernaola” (expediente 2859-2002-AA/TC), relacionados con pronunciamientos del Consejo Nacional de la Magistratura, y, vinculado con el Jurado Nacional de Elecciones, lo resuelto en el caso “Juan Genaro Espino Espino” (expediente 2366-2003-AA/TC).<sup>26</sup>

Estándose muy cerca al inicio del proceso electoral presidencial y parlamentario del año 2006, actualmente en trámite, comenzó a generarse un interesante debate sobre cuáles serían las consecuencias de admitir la posibilidad de cuestionar mediante amparo las decisiones de una judicatura especializada como el Jurado Nacional de Elecciones. En el fondo, lo que estaba detrás era el temor de que decisiones como la de denegar la postulación a la Presidencia de la República a personas como el ex presidente Fujimori fuesen cuestionadas por cualquier juzgador(a) de la judicatura ordinaria, con las realmente incontrolables repercusiones que aquello hubiese podido generar.

---

<sup>24</sup> Una descripción sobre cuáles son a nuestro parecer los alcances de esta particularidad parte de la misma especial naturaleza, entre otras cosas, del texto constitucional, la cual distancia a esta interpretación de lecturas literales de la Constitución. Una interesante panorámica de las opiniones existentes al respecto la encontramos en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (Coordinador). *Interpretación Constitucional*. México, Porrúa-UNAM, 2 tomos, 2005.

<sup>25</sup> El Consejo Nacional de la Magistratura es un organismo constitucionalmente autónomo, con una naturaleza claramente administrativa, cuyas responsabilidades son las de nombrar, salvo en los supuestos de elección popular, ascender, ratificar o no ratificar (evaluación de idoneidad en el desempeño) o destituir (sanción de tipo disciplinario) a los diversos jueces y fiscales de nuestro país. El Jurado Nacional de Elecciones en cambio, y a pesar de contar también con algunas importantes tareas de carácter administrativo, se desempeña hoy básicamente como una suerte de Corte Suprema en materia electoral en el Perú. Como ya hemos señalado en este mismo trabajo, una lectura más bien literal del artículo 142 de la Carta peruana de 1993 podría llamar a pensar que decisiones tomadas por los organismos antes mencionados eran irrevisables en sede jurisdiccional.

<sup>26</sup> Posturas proclives a la revisabilidad de los pronunciamientos de estas instituciones eran las acogidas en los incisos siete y ocho del artículo cinco del Código Procesal Constitucional peruano hoy vigente, aclarando eso sí, como veremos luego, que se ha dado una modificación a esa norma en lo relacionado con el Jurado Nacional de Elecciones.

La pregunta que daba entonces vueltas en el escenario académico y jurisdiccional de nuestro país era, como bien puede suponerse, la de si una preocupación con relevancia política y jurídica es un argumento suficiente para admitir que pudiera darse una decisión emitida por alguna institución que, muy a despecho de vulnerar Derechos Fundamentales como el de uno a un Debido Proceso, estuviese exenta de ser sometida a un control de constitucionalidad. Es en ese contexto que el Tribunal Constitucional peruano resuelve el caso presentado por Pedro Andrés Lizana Puelles, recogido en el expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA.

Lizana Puelles, ex alcalde del municipio distrital de Canchaque (ubicado en la región Piura, al norte del Perú), cuestiona mediante Amparo la resolución 315-2004-JNE, resolución a través de la cual el Jurado Nacional de Elecciones había ordenado su vacancia en el cargo de burgomaestre en el municipio antes señalado, alegando que dicha resolución resultaba violatoria de su derecho a un Debido Proceso. Cabe resaltar además que, ya a partir del primero de diciembre del año 2004 había en el Perú entrado en vigencia la Ley 28237, más conocida como Código Procesal Constitucional. Allí, y en el mismo tenor de lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en “Espino Espino”, el octavo inciso del artículo cinco del Código Procesal Constitucional señalaba lo siguiente:

“(…) Artículo 5. No proceden los procesos constitucionales cuando:

(…) 8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva (...) (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, en su escrito de contestación de la demanda, así como a lo largo del proceso, el entonces Procurador adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Jurado Nacional de Elecciones señalará, además de considerar que la decisión tomada por el Jurado Nacional de Elecciones fue expedida sin vulneración del derecho a un Debido Proceso, que dejar vía Amparo sin efecto una resolución emitida por el Jurado Nacional de Elecciones violaría los artículos 142 y 181 de la Constitución peruana de 1993, la actualmente vigente.

Ante esta argumentación, y siguiendo la pauta de configuración de sentencias instructivas,<sup>27</sup> el Tribunal Constitucional peruano luego de resaltar el carácter

---

<sup>27</sup> Pauta de actuación seguida por el Tribunal Constitucional peruano en múltiples pronunciamientos. En otra parte de este trabajo ya hicimos mención al caso “Eleobina Aponte” (expediente 2663-2003-HC/TC), donde se explican los diversos subtipos de Hábeas Corpus existentes. Podríamos aquí incluir también a sentencias como la “Poder Judicial” (expediente 004-2004-CC/TC), en donde se hace un desarrollo de los aspectos centrales del Derecho Presupuestario, y un largo etcétera.

de norma jurídica que tiene una Constitución,<sup>28</sup> así como la necesidad que todo Tribunal –y entre ellos el mismo Tribunal Constitucional– actúe conforme a la Constitución;<sup>29</sup> y además, que las “political questions” o cuestiones políticas no justiciables no encajan con el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica,<sup>30</sup> dirá contundentemente que:

“(…) la judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental”.<sup>31</sup>

Esta judicialización pasa, como bien anota el Tribunal Constitucional, por entender a cabalidad los alcances e implicancias de la Interpretación Constitucional,<sup>32</sup> actividad cuyos criterios o principios orientadores esboza.<sup>33</sup> Se dirá entonces que esa labor interpretativa deberá además hacer frente a algunas contradicciones del texto constitucional,<sup>34</sup> las cuales obligarán a descartar lecturas literales y aisladas de dicho texto, apuntalando su lectura más bien sistemática.<sup>35</sup>

Si se reconoce el sometimiento del Jurado Nacional de Elecciones a la Constitución, y con ello, obviamente, al respeto de los Derechos Fundamentales y a las consecuencias que puede generar la falta de respeto (amenaza o violación) a dichos derechos,<sup>36</sup> debe entenderse que el verdadero alcance de los artículos 142 y 181 de la Constitución Política peruana de 1993 es el de impedir que algún otro órgano u organismo estatal que no sea el Jurado Nacional de Elecciones pueda impartir justicia en materia electoral,<sup>37</sup> mas no la de convalidar excesos del Jurado Nacional de Elecciones en el ejercicio de sus funciones, máxime si éstos constituyen una afectación irrazonable o arbitraria de diversos Derechos Fundamentales.<sup>38</sup> Una lectura más literal de la Constitución, la cual permita si-

<sup>28</sup> Ver al respecto lo prescrito en el expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA Fundamento Jurídico 3º.

<sup>29</sup> Revisar lo previsto en el expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA Fundamento Jurídico 4º.

<sup>30</sup> En este sentido ver expediente 5854-2005-PA/TC-PIURA Fundamento Jurídico séptimo.

<sup>31</sup> Recomendamos analizar lo señalado en el expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA Fundamento Jurídico 8º.

<sup>32</sup> Revisar lo dicho en el expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA. Fundamento Jurídico 14º.

<sup>33</sup> En este sentido, ver expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA, Fundamento Jurídico 12º.

<sup>34</sup> En este tenor, expediente 5854-2005-PA/TC-PIURA, Fundamento Jurídico 15º.

<sup>35</sup> Ver sobre el particular, expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA, Fundamento Jurídico 16º.

<sup>36</sup> Recomendamos entonces revisar lo prescrito en el expediente 5854-2005-PA/TC-PIURA, Fundamento Jurídico 18º.

<sup>37</sup> En este sentido el Fundamento Jurídico 20º de la sentencia que venimos analizando.

<sup>38</sup> Op. cit., loc. cit.

quiera insinuar el sostenimiento de instituciones con un accionar exento de control constitucional, de acuerdo con el supremo intérprete de la Constitución peruana vigente, constituiría entonces en rigor una interpretación manifiestamente inconstitucional.<sup>39</sup>

Aclarando que cuando revisa los pronunciamientos del Jurado Nacional de Elecciones no se está subrogando en las funciones de éste,<sup>40</sup> el supremo intérprete de la Constitución del Perú, ciñéndose a lo que considera una correcta comprensión de la Carta vigente en nuestro país, postura respaldada en ese momento por lo entonces prescrito en el Código Procesal Constitucional, afirma tener competencia para cuestionar aquellas decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que fueron violatorias del derecho a una tutela procesal efectiva. Y ante las preocupaciones generadas por lo que esta atribución puede acarrear, el Tribunal Constitucional peruano, en forma exhortativa, va a sugerir algunas modificaciones al Código Procesal Constitucional, las cuales en su opinión debieran ponerse inmediatamente en práctica.<sup>41</sup>

Salvo el último aspecto que acabamos de reseñar, todo lo que hemos señalado hasta ahora como razonamiento a seguir en el caso “Lizana”, y muy especialmente lo vinculado a la revisabilidad de los pronunciamientos del Jurado Nacional de Elecciones, constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos.<sup>42</sup> Independientemente de que sí podría o no considerarse si aquí el

---

<sup>39</sup> Conviene analizar lo dicho al respecto en el expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA, Fundamento Jurídico 18°. Para mayor abundamiento de esta posición de crítica, el Tribunal peruano añadirá que una interpretación aislada de los artículos 142 y 181 de la Constitución actualmente vigente en el Perú también violaría lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos y lo prescrito por su organismo de corte jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>40</sup> En este tenor resulta importante revisar lo señalado en el expediente número 5854-2005-PA/TC-PIURA, Fundamento Jurídico 20°.

<sup>41</sup> Las modificaciones sugeridas se encontraban vinculadas a:

- La posibilidad de reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de Amparo contra una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral;
- Que las demandas de Amparo contra una de estas decisiones del Jurado Nacional de Elecciones sean presentadas en primer término ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, y solamente cuando allí se deniegue lo solicitado por el demandante, la controversia sería de conocimiento del Tribunal Constitucional;
- La capacidad de sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13 del Código Procesal Constitucional, no conceden trámite preferente a las demandas de Amparo interpuestas contra lo resuelto por el Jurado en materia electoral;
- Establecer plazos perentorios para la tramitación y/o resolución de esta clase de controversias.

Recomendamos en este sentido analizar lo previsto en el expediente número 5854-2005-PA/TC Fundamento Jurídico 39°.

<sup>42</sup> En esa dirección se encuentra el segundo punto de la parte resolutoria de la sentencia que venimos analizando.

Tribunal Constitucional peruano cumplió con las pautas y demás consideraciones para configurar un precedente que estableció en “Municipalidad Distrital de Lurín”, lo cual es sin duda un tema que puede debatirse, lo cierto es que lo resuelto en “Lizana” debió ser respetado por todos, pero ello lamentablemente no ocurrió.

Nos explicamos: una vez conocida la sentencia emitida en el caso “Lizana”, la misma encontró gran resistencia en el Congreso peruano. Es más, el Congreso, lejos de cumplir a cabalidad con lo dispuesto en la resolución antes mencionada, aprobó una modificación al texto del Código Procesal Constitucional, suprimiendo así la explícita mención a cualquier posibilidad de revisión en sede jurisdiccional de los pronunciamientos del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, hoy el octavo inciso del artículo cinco del Código en comento prescribe lo siguiente:

“(…) Artículo 5. No proceden los procesos constitucionales cuando:

(…) 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno (…)

Aun cuando informalmente ya se ha adelantado que el Tribunal Constitucional peruano declararía inconstitucional esta norma cuando la misma sea puesta en conocimiento de su despacho (ya sea buscando un control en abstracto de la misma o analizando su aplicación en un caso en particular), lo cierto es que aquí se ha hecho evidente una clara intención de sustraerse a lo establecido como precedente vinculante, pauta de actuación cuyo cumplimiento debiera ser ineludible para toda autoridad dentro de un Estado Constitucional. Si realmente queremos contar con las ventajas de una técnica como la del precedente, un comportamiento como el asumido por el Congreso peruano es a todas luces una demostración de lo que nunca debiera hacerse, salvo mejor opinión.

### El caso “Anicama”

Cuando se instituye el proceso de Amparo en el Perú, éste se plasma dentro de un contexto en el cual, necesario es anotarlo, existía –independientemente de si ello era justo o no– una gran desconfianza en la labor tuitiva de la judicatura ordinaria nacional, máxime si lo que se debía proteger era la vigencia de los diferentes Derechos Fundamentales. Se entiende entonces que, como respuesta a esta situación, primero la Ley 23.506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y luego la normativa complementaria a dicha ley y la jurisprudencia emitida sobre el particular, fueron progresivamente consagrando un proceso de Amparo con

unos parámetros para la procedencia de la demanda de los más flexibles en el Derecho Comparado.

Amparos contra actos, pero también contra omisiones. Amparos en favor de la tutela de todos los Derechos Fundamentales que no sean la libertad personal y los derechos que les resulten conexos, sin importar si estos derechos necesariamente se encuentren explícitamente recogidos en el texto constitucional peruano vigente. Amparos contra leyes, y en líneas generales contra normas, si éstas son autoaplicativas. Amparos durante la vigencia de Estados de Excepción, aun cuando en lógica de contralor parcial.<sup>43</sup> Amparos contra resoluciones judiciales que vulneren la tutela procesal efectiva, derecho que abarca a la Tutela Judicial Efectiva y a las dos dimensiones de un Debido Proceso. Y por si todo lo expuesto no fuese suficiente, Amparos contra la amenaza y/o violación de cualquier aspecto –incluso uno esencial– de un Derecho Fundamental en la lógica de un Amparo alternativo.<sup>44</sup>

Por todo esto se había llegado a aquello que muchos denominamos una “ordinarización del Amparo peruano”,<sup>45</sup> deviniendo así este proceso constitucional en uno de los medios procesales más utilizados, incluso frente a pretensiones que razonablemente sobrepasaban su real ámbito de acción. Ello, que de primera impresión podía entusiasmar a algunos pensando que estábamos ante un escenario más garantista de los derechos, llevó más bien a situación de frustración del justiciable y una mayor crisis en la credibilidad del sistema de justicia peruano. El Amparo peruano, proceso de tutela urgente con estructura procesal de corte sumario, no permitía analizar a cabalidad algunas de las pretensiones que se le pedía atender, pretensiones cuya acreditación demandaba una activi-

---

<sup>43</sup> En el caso peruano, jurisprudencialmente primero, y por expreso mandato constitucional después, el juez(a) solamente puede analizar la proporcionalidad y razonabilidad (entendida esta última en estos casos más bien como una evaluación de causalidad) de las medidas dictadas al Amparo de un Estado de Excepción. Y es que de acuerdo con una lectura más bien literal de lo prescrito en el artículo 200 in fine de la Constitución Política de 1993, ese(a) juez(a) no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad y la legalidad de la declaratoria de un Estado de Excepción.

<sup>44</sup> El tercer inciso del artículo seis de la Ley 23.506 establecía como causal de improcedencia de demandas de Amparo o de Hábeas Corpus el haber optado por plantear nuestra controversia primero ante la vía judicial ordinaria en principio competente para resolverlo. El justiciable entonces tenía la posibilidad de optar si, ante un mismo problema, interponía una demanda de Amparo o iniciaba otro tipo de procesos, los medios ordinarios previstos para la defensa de su pretensión. Es en mérito a esta situación que, doctrinariamente primero, y jurisprudencialmente luego, se codificó al Amparo peruano hasta antes del Código Procesal Constitucional como un “Amparo alternativo”: el justiciable escogía finalmente cuándo y cómo recurrir o no recurrir a él.

<sup>45</sup> Ello en mérito a que las múltiples posibilidades habilitadas para la interposición de demandas de Amparo llevó a su uso masivo, por no decir abusivo, inclusive en temas que en rigor técnico pudieron ser mejor abordados en otros medios procesales ya previstos en el ordenamiento jurídico peruano.

dad jurisdiccional más propia de medios procesales con una configuración diferente. O no se cumplieran con los plazos previstos en las normas entonces vigentes, o, incluso cumpliéndose los plazos, una controversia de este tipo bien podría terminar con un pronunciamiento judicial declarando improcedente lo que en su momento se solicitó, sin importar muchas veces demasiado las expectativas que pudiesen haberse generado en los justiciables.

En cualquiera de estos casos, lo que se resiente es la legitimidad de un elemento central para el fortalecimiento de todo Estado Constitución que se precie de serlo: una correcta impartición de justicia. Es ante ello que en el Código Procesal Constitucional uno de los temas que más se busca abordar es justamente el del tratamiento de la procedencia de las demandas en los procesos de la denominada “Jurisdicción Constitucional de la libertad” en general y, en las de Amparo en particular, tema de gran interés, pero cuyo análisis en detalle rebasa ampliamente las dimensiones del presente trabajo.<sup>46</sup>

Dos son las precisiones con respecto a la procedencia de las demandas de Amparo introducidas por el Código Procesal Constitucional a las cuales consideramos indispensable hacer aquí explícita mención. La primera de ellas está relacionada a que debe, de aquí en adelante, pasarse a entender al Amparo como un proceso subsidiario o residual, al cual solamente se recurrirá si no se cuenta con una vía igualmente satisfactoria dentro de los medios considerados como ordinarios para la tutela de Derechos Fundamentales, o si esta vía no es idónea.<sup>47</sup> La segunda se relaciona con la especificación de que los hechos y el

---

<sup>46</sup> Nuestro punto de vista acerca del tratamiento de la improcedencia de las demandas en los procesos de la denominada “Jurisdicción Constitucional de la libertad” se encuentra desarrollado, entre otros textos, en nuestro “Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo...”, op. cit., pp. 122-149; o, en “El Código Procesal Constitucional: Estudio Introductorio”, en AA.VV., *Introducción a los Procesos Constitucionales*, Jurista Editores, 2005, pp. 17 y ss. Y ya hablando más específicamente sobre el actual carácter residual del Amparo peruano y sus implicancias nos hemos pronunciado en “La consagración del Amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones”, en: Espinosa-Saldaña, Eloy (Coordinador). 2005, *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, pp. 143 y ss.

<sup>47</sup> Fórmulas que en rigor no son nuevas en el Derecho Comparado, escenario en el cual, por ejemplo, el aporte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sobre todo durante la vigencia de la Ley 16.986, tendría una significativa relevancia. Una revisión de las sentencias emitidas por ese Tribunal en este tema nos permite detectar como criterios a evaluar en estos casos a los de rapidez, celeridad, inmediatez y prevención del derecho invocado, tratando de dilucidar si esos factores se presentan en forma similar a como lo harían en el Amparo. En otros términos, se busca estar ante medios procesales efectivos y útiles para asegurar la restitución oportuna de la situación anterior a la de vulneración o amenaza cierta e inminente de violación del derecho involucrado, de manera similar a como se da en el proceso de Amparo. En ese sentido, la tramitación correspondiente a cada medio procesal, la velocidad y prontitud de esa tramitación, la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado, o la anticipación que en el

petitorio de la demanda deben estar referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

La puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional, sobre todo si incluye disposiciones como la que acabamos de reseñar, obligaba sin duda a que el Tribunal Constitucional peruano tomase una clara postura al respecto. Además, y tratándose de la Tutela de Derechos Fundamentales, la ocasión era propicia para que el intérprete supremo de la Constitución peruana asuma como propios y en forma indubitable ciertos puntos de vista, los cuales probablemente no le permitirán de inmediato configurar una Teoría General sobre Derechos Fundamentales, pero por lo menos sí le harán posible establecer parámetros de predicibilidad sobre temas de innegable relevancia.

El Tribunal Constitucional peruano entendió cuál era el reto, y emitió una sentencia en la que trata de afianzar una sola postura coherente y consistente sobre diversos tópicos vinculados con los diferentes Derechos Fundamentales, y, a la vez, reorientar el uso del Amparo para evitar los excesos hasta en ese momento existentes en su interposición. El caso escogido para acometer ese reto fue el presentado por Manuel Anicama Hernández, proceso recogido en el expediente número 1417-2005-AA/TC.

A lo resuelto en este caso sobre criterios de procedibilidad de las demandas de Amparo que versen sobre materia pensionaria, y de allí la importancia para el presente trabajo, se le reconoce el carácter de precedente vinculante inmediato; y además, a lo declarado con respecto a las demandas de Amparo en trámite opción que se reclama, expresión de la ya admitida posibilidad de contar con pronunciamientos con eficacia prospectiva, se le otorga efecto vinculante tanto para los jueces que conocen procesos de Amparo como para los juzgadores a los cuales, como veremos luego, se les asume competentes para conocer demandas contencioso-administrativas.

El Tribunal Constitucional, además de fijar su concepto de Derechos Fundamentales,<sup>48</sup> reconocer a la dignidad como el presupuesto jurídico de esos diferentes Derechos,<sup>49</sup> el alcance de esos Derechos, donde incluso se recoge a los implícitos o no enumerados,<sup>50</sup> la distinta eficacia de los Derechos Fundamenta-

---

conocimiento de una causa ha tenido su juzgador (a) en relación a otros, elementos a los cuales creemos debería añadirse una evolución sobre los tipos de sentencias con que contar para la ejecución de las mismas, son pues factores que convendría tomar en cuenta para determinar si contamos con una vía "igualmente satisfactoria", o de todas maneras recurrimos directamente al Amparo, salvo mejor parecer.

<sup>48</sup> Ver al respecto lo dispuesto en el expediente número 1417-2005-AA/TC, FJ 2°.

<sup>49</sup> Revisar en ese sentido el Expediente 1417-2005-AA/TC, FJ 3°.

<sup>50</sup> Ver el expediente 1417-2005-AA/TC, FJ 4°.

les,<sup>51</sup> cuándo estamos frente a Derechos Fundamentales de configuración legal,<sup>52</sup> la estructura de los Derechos Fundamentales<sup>53</sup> y algunas consideraciones sobre seguridad social<sup>54</sup> o el derecho a la pensión,<sup>55</sup> temas de innegable relevancia, va a fijar su posición sobre cuándo procede interponer una demanda de Amparo en defensa de los derechos puestos bajo su tutela.

Plantearse responder una pregunta de este tipo, seamos sinceros, hubiese sido impensable antes de la dación del Código Procesal Constitucional, máxime si estamos ante una entidad con una historia compleja, que en algún momento resintió tremendamente su legitimidad y permitió incluso poner en entredicho su propia subsistencia. En un escenario de Amparo alternativo y muy amplia procedibilidad de las demandas, emprender ese tipo de actuaciones le hubiese resultado insostenible. Sin embargo, el argumento asumido no fue el de recurrir a evaluar si habían o no vías igualmente satisfactorias que iniciar antes de recurrir al Amparo. Tampoco se buscó aprovechar la ocasión para determinar, ya en el escenario peruano, qué nos permite señalar el encontrarnos ante una vía igualmente satisfactoria. Se optó más bien por evaluar cuál sería el contenido constitucionalmente protegido del derecho aquí implicado, único aspecto de ese derecho que en puridad debiera ser tutelado mediante Amparo.

Acto seguido, el Tribunal Constitucional peruano va a identificar contenido constitucionalmente protegido con el contenido esencial de un derecho, entendido éste en clave de lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha denominado la teoría absoluta del contenido esencial.

Como bien sabemos, de acuerdo con esta postura, todo derecho tendría un núcleo intangible para quien tenga autoridad, sobre todo si se trata del legislador. Ese núcleo, de acuerdo con una pauta establecida hace mucho tiempo por instituciones como el Tribunal Constitucional español,<sup>56</sup> se determina recurriendo a la naturaleza jurídica del derecho implicado así como a los intereses involucrados con el ejercicio de ese mismo derecho.

No siendo éste el espacio para analizar los reparos que nos merece esta técnica,<sup>57</sup> lo cierto es que la opción asumida por el Tribunal Constitucional es a todas

<sup>51</sup> Revisar entonces el expediente 1417-2005-AA/TC, FFJ 13° al 19°.

<sup>52</sup> En ese tenor el expediente 1417-2005-AA/TC, FFJ 11° y 12°.

<sup>53</sup> En ese sentido lo previsto en el expediente 1417-2005-AA/TC, FFJ 23° al 27°.

<sup>54</sup> Ver en este punto lo prescrito en el expediente 1417-2005-AA/TC, FFJ 28° al 30°.

<sup>55</sup> Revisar en ese sentido el expediente 1417-2005-AA/TC, FFJ 31° al 37°.

<sup>56</sup> Recomendamos revisar al respecto la sentencia (STC) 11/1981, vinculada con el derecho de huelga, primer pronunciamiento de otros muchos emitidos en ese sentido en España.

<sup>57</sup> En realidad, nosotros nos inscribimos en quienes tenemos importantes reparos a la denominada teoría absoluta del contenido esencial, básicamente por la dificultad y real utilidad en términos

luzes restrictiva del uso del Amparo, situación distinta a la existente hasta ese momento, postura que por cierto de alguna manera habría sido promovida por cierto activismo en la actuación de ese Alto Tribunal. Y lo más polémico, es planteado y aprobado como precedente vinculante.

Sin embargo, lo más significativo es lo que todavía no hemos explicado. Otorgándole carácter vinculante a lo que aquí ha planteado,<sup>58</sup> el Tribunal Constitucional peruano establece que toda demanda de Amparo que haya sido presentada o se encuentre en trámite, incluso ante el mismo Tribunal Constitucional, deberá ser declarada improcedente si no versa sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión.<sup>59</sup>

Acto seguido, e invocando su función de ordenación, el Tribunal Constitucional peruano pasa a determinar cuál es la vía judicial idónea para ventilar aquellas pretensiones que ahora decidió no considerar revisables en sede constitucional, otorgándole esa condición, sin mayor fundamentación al respecto, a los procesos contencioso-administrativo.<sup>60</sup> Luego de ello, establecerán “Reglas procesales aplicables a las demandas de Amparo en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en esta sentencia”,<sup>61</sup> también declarados obligatorios tanto para los jueces que tenían procesos de Amparo en trámite como para aquellos otros juzgadores que luego resulten competentes para conocer demandas contencioso-administrativas.<sup>62</sup>

De acuerdo con estas reglas, las demandas en trámite, repito, incluso ya ante el mismo Tribunal Constitucional, luego de ser declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (el juez constitucional, o en su defecto, el juez civil encargado de meritar el proceso de Amparo en primer grado), quien

---

tuitivos que implicaría el fijar cuál es el núcleo al que circunscribe su margen protector, máxime si estamos ante derechos compuestos a su vez por un conjunto de otros derechos, como es el caso del Debido Proceso.

Estamos pues en la línea de otras posturas críticas a esa formulación doctrinaria como las de, por citar un par de ejemplos, las de Martínez-Pujalte, Antonio Luis, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, libro con reciente edición peruana hecha en Trujillo por Tabla XIII Editores el año 2005; o Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>58</sup> Así expresamente lo prescribe el cuarto apartado de la parte resolutoria de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Anicama”.

<sup>59</sup> Ver al respecto lo dispuesto en el Fundamento 49º de la sentencia que estamos analizando.

<sup>60</sup> En ese sentido revisar lo previsto en los Fundamentos Jurídicos 50 y 51 de la sentencia recogida en el expediente 1417-2005-AA/TC.

<sup>61</sup> Convendría entonces analizar lo escrito en los fundamentos 54 y ss. de la sentencia emitida en la causa recogida en el expediente 1417-2005-AA/TC.

<sup>62</sup> En ese tenor lo señalado en el quinto apartado de la parte resolutoria de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Anicama”.

remitirá los actuados al juez encargado de lo contencioso-administrativo, donde exista esa especialidad, o los actuará él mismo, si en su circunscripción no existen jueces especializados en el proceso contencioso-administrativo.<sup>63</sup>

En cualquier caso, los juzgadores a los cuales acabamos de referirnos deberán hacer todo lo necesario para adecuar la situación puesta en su conocimiento al trámite propio de un Proceso Contencioso-Administrativo, recurriendo incluso a la aplicación del principio de favorecimiento del proceso (en la duda, preferible es tramitarle como Proceso Contencioso-Administrativo),<sup>64</sup> salvo en los casos que siendo indispensable el agotamiento de una vía administrativa ello no haya sido efectuado, situaciones en las cuales deberá previamente cumplirse con ese requerimiento si se quiere luego poder interponer una demanda contencioso-administrativa.<sup>65</sup>

Indudablemente uno se pregunta si toda esta redistribución del despacho en trámite realmente favorece al justiciable que buscaba amparo a sus derechos, y si esta alternativa, con la cual el Tribunal Constitucional peruano se descongestionó de la carga procesal que su propio activismo había motivado, no resulta atentatoria de algunos Derechos Fundamentales de ciertos justiciables. Cabría preguntarse también si, en la lógica de corrección funcional propia del Estado Constitucional, esta orientación efectuada por el supremo intérprete de la Constitución peruana no implicaría más bien una cierta interferencia en competencias que debieran ser propias de la judicatura ordinaria, encubierta en este caso en un uso de la técnica de eficacia prospectiva en algunas sentencias.

En cualquier caso, una primera sensación que nos genera aquello que acabamos de reseñar es la de que alternativas procesales como las aquí descritas no tendrían en principio mucho que ver con las situaciones para las cuales se pensó la técnica del precedente, así como todas las consideraciones planteadas en “Municipalidad Distrital de Lurín” para finalmente establecer un precedente constitucional. Es sin duda muy importante establecer criterios o pautas de interpretación, siempre y cuando luego hagamos esfuerzos por ceñirnos a ellas, y sobre todo no sobrepasemos lo que constitucional y/o legalmente se ha establecido como nuestro marco competencial. La peor impresión que puede proyectar en la opinión pública el supremo intérprete de la Constitución es la de vérselo identificado con actuaciones poco vinculadas con la tutela de los Derechos Funda-

---

<sup>63</sup> Ver sobre el particular lo prescrito en la sentencia recogida en el expediente 1417-2005-AA/TC y muy especialmente en lo prescrito en el fundamento 54º.

<sup>64</sup> Principio recogido en el tercer inciso del artículo 2 de la Ley 27.564, Ley del Proceso Contencioso Administrativo peruano, y a la cual se hace referencia en el fundamento 57 de la sentencia emitida en el caso “Anicama”.

<sup>65</sup> En esa dirección lo señalado en el fundamento 56º de la sentencia dictada en el caso “Anicama”.

mentales, fin último de esa Constitución y el Estado Constitucional en su origen. Estamos pues ante situaciones ante las cuales convendría desenvolverse con extrema precaución y cuidado.

### El caso “Maximiliano Villanueva Valverde”

La inactividad administrativa, o, como bien señala Marcos Gómez Puente “la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”,<sup>66</sup> es hoy una preocupación cada vez más importante en todo Estado Constitucional, y por lo mismo, progresivamente va tomando mayor relevancia la posibilidad de su control en sede jurisdiccional, sobre todo si cada vez se hace más evidente la relativa eficacia del silencio administrativo dentro de los mismos procedimientos para alcanzar los objetivos que en principio apuntalarían su existencia.<sup>67</sup>

En muchos países, el mecanismo escogido fue el Proceso Contencioso Administrativo. Ahora bien, en el Perú, el insuficiente desarrollo de estudios sobre este medio procesal, así como acerca de la inactividad de la Administración, fue tal vez la explicación por la cual el tratamiento de este tema fuese por otros derroteros.

Siguiendo entonces pautas como las del mandato de *injunção* brasileño o la acción de cumplimiento colombiana, en el inciso sexto del artículo doscientos de la Constitución peruana de 1993, se incorpora al ordenamiento jurídico de nuestro país el proceso de Cumplimiento como mecanismo previsto para combatir la inactividad administrativa en sede jurisdiccional.

El tratamiento dado a esta figura procesal no fue desde el principio el mejor. En primer lugar, el constituyente le colocó en la lista de los procesos constitucionales, cuando en rigor no tutela aspecto alguno de la supremacía constitucional, pues únicamente busca proteger al administrado del incumplimiento de las obligaciones legal o administrativamente asignadas a la Administración.<sup>68</sup> En se-

---

<sup>66</sup> Gómez Puente, Marcos. 2000. *La inactividad de la Administración*. Pamplona, Aranzadi, Segunda Edición, p. 59.

<sup>67</sup> Un buen compendio sobre las críticas existentes al respecto, así como acerca de las alternativas que vienen esbozándose sobre el particular lo encontramos en Aguado I Cudolá, Vicenc. 2001. *Silencio Administrativo e Inactividad. Límites y Técnicas Alternativas*. Madrid, Marcial Pons.

<sup>68</sup> Es pues, en una expresión muy frecuentemente utilizada en el Perú, un proceso “constitucionalizado” antes que uno constitucional (aun cuando algún minoritario sector de la doctrina nacional y lo dicho obiter dicta por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso “Villanueva” pareciera plantear algo distinto). Se le llama “proceso constitucionalizado” también en el segundo fundamento jurídico de la sentencia frente a lo recogido en el expediente 0191-2003-AA/TC.

gundo término, pronto se generó una equivocada comprensión doctrinaria y hasta jurisprudencial destinada a circunscribir el ámbito de acción de este medio procesal al tratamiento de la inactividad material de la Administración, creyendo que solamente el silencio administrativo era el único medio que podía tutelar a los administrados frente a casos de inactividad formal de esa misma Administración.<sup>69</sup>

Sin embargo, progresivamente las cosas fueron cambiando. Con la entrada en vigencia de la ley del Proceso Contencioso Administrativo, la Ley 27.584, cambia radicalmente la perspectiva dentro de la cual debe concebirse este importante medio procesal. Una de esas modificaciones se presentó en el cuarto inciso de su quinto artículo, donde se consignaba a la tutela frente a la inactividad administrativa como una de las pretensiones posibles de ser abordadas mediante Proceso Contencioso Administrativo.

Aplicándose en ese momento la lógica de “alternatividad” propia del Amparo peruano, supletoriamente invocable en los procesos de Cumplimiento, podía entenderse que a partir de los cambios introducidos en el tratamiento del Proceso Contencioso Administrativo, el administrado tenía la capacidad de, ante una situación de inactividad de la Administración, escoger si interponía una demanda contencioso administrativa o iniciaba un Proceso de Cumplimiento. Esa “alternatividad”, aun cuando solamente en el plano de la inactividad material de la Administración, fue expresamente admitida por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia emitida en relación con la controversia recogida en el expediente 191-2003-AC/TC.

Luego, progresivamente fue admitiéndose a nivel jurisdiccional el uso del Proceso de Cumplimiento para enfrentar situaciones de inactividad formal de la Administración, lo cual reforzó el carácter alternativo ya reseñado, o, dicho con otras palabras, la capacidad que tenía el demandante para, a su elección, determinar si iniciaba un Proceso Contencioso Administrativo o uno de Cumplimiento.

Esa perspectiva cambiará cuando entra en vigencia el Código Procesal Constitucional peruano. Con esa norma, no solamente se rectifica un antiguo error de algún sector doctrinario y jurisprudencial, pasando a reconocer abiertamente que mediante Proceso de Cumplimiento pueden abordarse tanto casos de inactividad formal como inactividad material de la Administración.<sup>70</sup> También va a consignarse el carácter residual de ese medio procesal, siendo entonces claro que si

---

<sup>69</sup> En este sentido incluso fue emitido algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano, como el efectuado a propósito del caso recogido en el expediente número 0191-2003-AC/TC.

<sup>70</sup> Conviene entonces revisar lo prescrito al respecto en el artículo 68 del Código Procesal Constitucional peruano.

existe una vía procesal ordinaria igualmente satisfactoria, deberá agotarse esa alternativa antes de recurrir al Proceso de Cumplimiento.<sup>71</sup>

Ante la prácticamente total superposición de pretensiones existente entre el actual Proceso Contencioso Administrativo y el Proceso de Cumplimiento, se hacía necesario determinar si el primero de los mencionados es una vía igualmente satisfactoria del segundo; y además, incluso justificar la misma pertinencia del Proceso de Cumplimiento peruano, el cual, en nuestra modesta opinión, asume roles que bien pueden ser efectivamente atendidos por Procesos Contenciosos Administrativos.<sup>72</sup> Justamente esos polémicos temas, junto a otras materias, serán abordados por el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia ante el caso “Maximiliano Villanueva Valverde” (expediente número 0168-2005-PC/TC), con un pronunciamiento al cual el mismo Tribunal, y de allí su relevancia para el presente trabajo, le ha dado carácter de precedente vinculante.

En esta sentencia, luego de algunos comentarios obiter dicta sobre la naturaleza jurídica del Proceso de Cumplimiento que ni coinciden con lo anteriormente señalado por el Tribunal Constitucional peruano al respecto ni se desprenden de un estudio de las pretensiones defendidas en este tipo de procesos,<sup>73</sup> esa importante instancia jurisdiccional pasa a señalar, aquí sí con carácter de precedente vinculante, que la diferencia sustantiva entre los procesos de Cumplimiento y los Contenciosos Administrativos radicaría en el tipo de mandato incumplido por el funcionario o autoridad de la Administración Pública, además de alguna particularidad de naturaleza más bien procesal.

Dirá entonces que para el cumplimiento de una norma legal, la ejecución de un acto administrativo o una emisión de una resolución sean exigibles por Proceso de Cumplimiento, se exigirá además de la renuencia de la autoridad o

---

<sup>71</sup> Ello es lo prescrito en el segundo inciso del artículo cinco del Código Procesal Constitucional peruano.

<sup>72</sup> Posición que hemos sostenido en más de una ocasión, y lo ratificamos en nuestro “Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo...”, op. cit., pp. 78 y ss.

<sup>73</sup> Se señalará allí que el proceso de Cumplimiento cautelaría unos supuestos derechos constitucionales (cuyo contenido por cierto no se explica) a la constitucionalidad de los actos legislativos y a la legalidad de los actos administrativos, los cuales se sintetizarían en la existencia de un Derecho Fundamental a que se cumplan las obligaciones que asume la Administración Pública mediante las leyes y los actos administrativos firmes.

Muy respetuosamente discrepamos con esa aseveración, en nuestra modesta opinión muestra de un activismo sin duda bien intencionado, pero que no debiera olvidar que incluso una interpretación creativa de la Constitución no puede desconocer lo que dice el mismo texto de esa Constitución. En todo caso, justo es anotar, como el mismo Tribunal especifica aquí, que estamos ante una afirmación hecha obiter dicta, como razón auxiliar sin carácter vinculante, la cual por cierto no coincide con la calificación del Proceso de Cumplimiento como “Proceso constitucionalizado” usada por este Alto Tribunal en otros casos, entre los cuales destaca la sentencia emitida frente al expediente 0191-2003-AC/TC.

funcionario involucrados, que el mandato contenido en los supuestos recientemente reseñados sea uno vigente, cierto y claro ( debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo involucrados), no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, y ser incondicional.<sup>74</sup> Si lo que se incumple es un acto administrativo se pedirá adicionalmente el que en estos actos se reconozca un derecho incuestionable del reclamante y se permita individualizar el beneficio.<sup>75</sup>

Señala además el Alto Tribunal, básicamente en el fundamento jurídico diecisiete de la sentencia que venimos comentando, que en el actual contexto normativo peruano el Proceso de Cumplimiento sería una suerte de proceso ejecutivo, mediante el cual se requiere hacer frente a incumplimientos ciertos y específicos de obligaciones establecidas en una norma legal o un acto administrativo firme y con las características que hemos explicado en el párrafo anterior de este mismo trabajo.

El Proceso Contencioso Administrativo sería entonces la vía ordinaria para el control jurisdiccional de la inactividad de la Administración, circunscribiéndose el ámbito de acción del Proceso de Cumplimiento a las situaciones que aquí ya hemos descrito. Frente a estas definiciones, son pocos los reparos que pueden hacerse, aun cuando probablemente pueda debatirse si para llegar a calificar a estas aseveraciones como precedentes vinculantes se ha respetado a cabalidad lo prescrito sobre el particular en “Municipalidad Distrital de Lurín”. Sin embargo, lo preocupante es aquí cómo se ha regulado el tratamiento de los Procesos de Cumplimiento ya en trámite, inclusive tomando en cuenta aquellos pendientes de solución en el Tribunal Constitucional peruano.

Y es que finalmente, para todos los otros casos que no encajen dentro de los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional del Perú como propios del Proceso de Cumplimiento, el supremo intérprete de la Carta de 1993 dispone se sigan las mismas pautas previstas para el caso “Anicama”, parámetros ya explicados en otro apartado de este mismo trabajo e invocables incluso para procesos en trámite. No nos queda aquí más que reiterar idénticas preocupaciones y críticas frente a lo allí planteado.

Nuevamente hay que preguntarse cómo afectó esto a los derechos de los justiciables, así como a las competencias propias de la judicatura ordinaria. Otra

---

<sup>74</sup> En este sentido se encuentra lo dispuesto en el fundamento jurídico catorce de la sentencia “Villanueva”. Cabe aclarar que excepcionalmente también podría verse por Proceso de Cumplimiento mandatos condicionales, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

<sup>75</sup> Argumento también planteado en el fundamento jurídico catorce de la sentencia emitida en la causa recogida en el expediente 0168-2005-AC/TC.

vez resulta harto discutible utilizar la técnica del precedente e incluso recurrir a sentencias con eficacia perspectiva, para así justificar decisiones como las aquí descritas, con todo lo que ello puede acarrear.

#### **BREVES NOTAS A MODO DE CONCLUSIÓN: EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO UN PARÁMETRO A RESPETAR Y CON DECISIONES QUE SE DEBEN CUMPLIR**

Si hoy existe consenso en que jueces y juezas tienen la muy calificada tarea de ser mediadores bajo parámetros jurídicos ante los más relevantes conflictos políticos, económicos o sociales en una sociedad determinada, buscando plasmar así un clima de paz social en justicia que indudablemente trasciende a la composición de un conflicto de intereses o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica, el asegurar la predictibilidad en sus pronunciamientos deviene en un tema de capital relevancia.

Ello se hace todavía más notorio si quien tiene la responsabilidad de pronunciarse es un juez constitucional (el especializado en estas materias o al que le toca asumir estas responsabilidades en un caso en particular), ya que, como ningún otro funcionario en el aparato estatal, es este juzgador quien va a marcar dentro de qué parámetros se pasará a entender no solamente a la Constitución, sino a todo el ordenamiento jurídico nacional. Y con ello, qué duda cabe, influir directamente no sólo en los proyectos de vida de cada ciudadano individualmente considerado, sino en el desenvolvimiento y desarrollo de una sociedad en su conjunto. Estamos pues ante un tema cuya significación es innegable.

Importantísimo y muy valioso viene siendo pues el que el Tribunal Constitucional peruano haya tomado especial interés en esta materia, fijando incluso en una sentencia de carácter instructivo interesantes pautas sobre qué entiende por precedente vinculante y cuáles son sus elementos y alcances. Sin embargo, no deja de preocuparnos el constatar cómo en algunos casos esa formulación no es seguida por el mismo Tribunal, o en otros, lo resuelto en sede jurisdiccional definitivamente no es cumplido por quienes, independientemente de cualquier discrepancia, deberían estar obligados a hacerlo.

En el caso peruano queda entonces mucho camino por andar, para así no perder lo avanzado o no circunscribirlo al plano de las buenas intenciones. Ojalá el esfuerzo de los mismos jueces constitucionales junto al de los principales actores sociales y políticos del Perú, apunte en esa dirección. La legitimidad ciudadana, viabilidad política y permanencia en el tiempo de un Estado Constitucional en nuestro país así lo reclama.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguado I Cudolá, Vicenc. 2001. *Silencio Administrativo e Inactividad, Límites y Técnicas Alternativas*. Madrid, Marcial Pons.
- Casal, Jesús María. “Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 8. Caracas, Sherwood, julio-diciembre.
- Gascón Abellán, Marina. 1993. *La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional*. Madrid, Ed. Tecnos.
- Gómez Puente, Marcos. 2000. *La inactividad de la Administración*. Pamplona, Aranzadi, segunda edición.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. 1997. *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . 2003. *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Ed. Palestra.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinador). 2005. *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista.
- Iturralde, Victoria. 1995. *El Precedente en el Common Law*. Madrid, Civitas.
- Levi, E. 1949. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago, University of Chicago Press.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura. *El Precedente Constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid, Mc Graw, 2001, especialmente pp. 118 y ss.
- Pizzorusso, Alessandro. 1984. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Posner, R. 1985. *The Federal Courts. Crisis and Reform*. Cambridge, Harvard University Press.
- Scalia, Anthony. 1989. “The Rule of Law as a Law of Rules”, en: *The University of Chicago Law Review*, vol. 56.
- Schaner, F. 1991. “Rules and The Rule of Law”, en: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14.
- Sunstein, Carl. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York-Oxford, Oxford University Press,
- Sunstein, Carl, 1996, “Leaving Things Undecided”, en: *Harvard Law Review*, vol. 110, Harvard.
- Zagrebelsky, Gustavo. 1988. *La Giustizia Costituzionale*. Bolonia, Ed. Il Mulino,