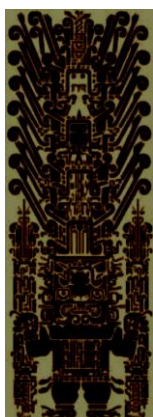


**UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
ESCUELA UNIVERSITARIA DE POST GRADO**



TESIS:

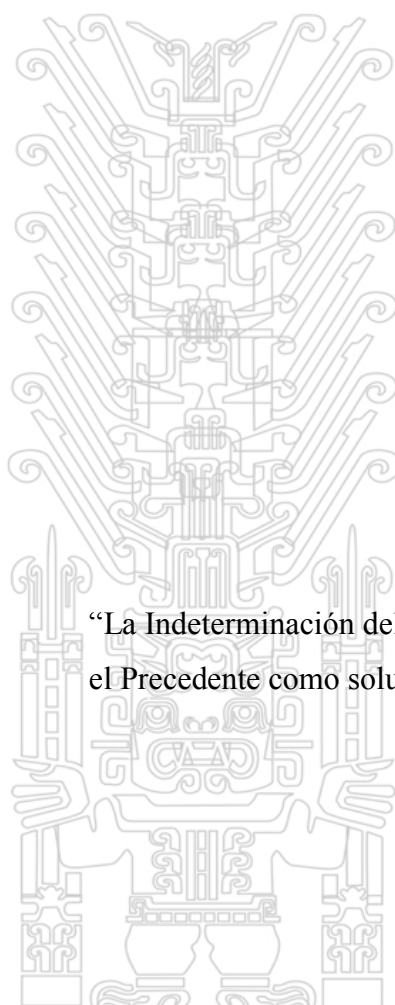
“EL PRECEDENTE FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO”

PRESENTADO POR:
NELO ROJAS CORONEL

[PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO]

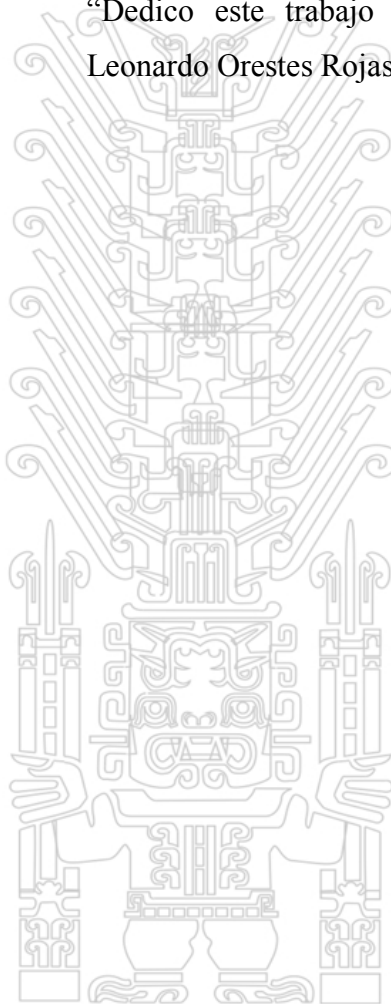
LIMA - PERÚ

2017.



“La Indeterminación del Derecho como problema y
el Precedente como solución.”

“Dedico este trabajo a mí amado hijo: Ángel
Leonardo Orestes Rojas Hoyos”.



RESUMEN

El Presente trabajo tiene por objeto, determinar en qué medida el Precedente resulta eficaz frente a la Indeterminación del Derecho. En efecto, se sostiene que *“El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto. A tal hipótesis se llega a partir de dos hipótesis específicas según las cuales: 1) “El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo” y 2) “La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo”.*

Palabras clave: Precedente, Indeterminación del derecho, Discurso Jurídico, Uniformidad del Discurso Jurídico y Caso concreto.

ABSTRACT

This paper aims to determine to what extent the Precedent is effective against the indeterminacy of law. Indeed, it is argued that "The precedent is effective against the indeterminacy of law, to the extent that standardizes legal discourse applicable to a particular case. To this hypothesis it comes from two specific hypotheses that: 1) "The precedent standardizes legal discourse applicable to the case, defining the content of the relevant law and / or the proper interpretation of the same" and 2) "indeterminacy It warns of law it is not possible uniformity of legal discourse applicable to the case, due to defects in the content of the law or its interpretation".

Keywords: Precedent, indeterminacy of law, Legal Speech, Speech and Legal Uniformity case.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvidar citar esta tesis

UNFV

INDICE

Resumen.....	4
Abstract.....	4
Índice.....	5
Introducción.....	9

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. ANTECEDENTES.....	11
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
2.1. Descripción del problema.....	13
2.2. Formulación del Problema.....	13
2.2.1. Problema general.....	15
2.2.2. Problemas específicos.....	15
3. OBJETIVOS.....	15
3.1. Objetivo general.....	15
3.2. Objetivos específicos.....	15
4. JUSTIFICACIÓN.....	16
5. ALCANSES Y LIMITACIONES.....	17
6. DEFINICIÓN DE VARIABLES.....	18

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

1. MARCO FILOSÓFICO.....	21
1.1. El positivismo jurídico.....	21
1.2. El no positivismo jurídico.....	26
1.3. Crítica al positivismo jurídico.....	29

1.4. Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del orden jurídico...	32
2. EL PRECEDENTE.....	50
2.1. El precedente en el Common Law.....	50
2.2. Diseño legislativo del precedente en el Perú.....	53
2.3. Desarrollo teórico del precedente por el Tribunal Constitucional..	62
2.4. Contenido del precedente.....	66
2.5. Ubicación del precedente en el sistema de fuentes.....	78
2.6. Jerarquía del precedente en el sistema de fuentes.....	85
2.7. Límites para la emisión y aplicación del precedente.....	92
2.8. Justificación para la emisión del precedente.....	106
3. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO	
3.1. Determinación conceptual.....	118
3.2. La concepción del Derecho en la identificación e interpretación del Derecho.....	126
3.3. Diseño del sistema jurídico en la identificación e interpretación del Derecho.....	131
3.4. La Tutela Jurisdiccional frente a la indeterminación del Derecho....	135
3.5. Lagunas del Derecho en la indeterminación del Derecho.....	147
3.6. Interpretación del Derecho en la indeterminación del Derecho.....	154
3.7. Los Principios y las Reglas de Derecho en la indeterminación del Derecho.....	163
4. EL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO.....	181
4.1. Frente a “conflictivos o contradictorios en la labor jurisdiccional”...	181
4.2. Frente a “Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad”.....	194
4.3. Frente al “Vacío normativo”.....	200
4.4. Frente a “Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades”.....	237
4.5. Frente a la “Necesidad de cambiar de precedente vinculante”.....	247
5. EL PRECEDENTE DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO.....	250
5.1. En materia penal.....	250
5.1.1. Frente a la indeterminación de la pena.....	252

Tesis publicada con autorización del autor

No olvidarse de la determinación de la pena

UNFV

5.1.2. Frente a la indeterminación de la prescripción.....	257
5.1.3. Frente a la indeterminación en los delitos contra la libertad sexual..	265
5.1.4. Frente a la indeterminación en la Acusación Fiscal.....	269
5.2. En materia civil.....	275
5.2.1. Frente a la indeterminación de a transacción no homologada judicialmente y la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos”.....	276
5.2.2. Frente a la indeterminación de la “Coposesión homogénea en la prescripción adquisitiva”.....	279
5.2.3. Frente a la indeterminación en los “Procesos de familia”.....	280
5.2. 4. Frente a la indeterminación de la “Posesión precaria”.....	288
5.2.5. Frente a la indeterminación de “Impugnación de acuerdos de una Asociación Civil”.....	294
6. HIPÓTESIS.....	297
6.1. General.....	297
6.2. Específicas.....	297

CAPITULO III METODO

1. TIPO Y NIVEL.....	298
1.1. Tipo.....	298
1.2. Nivel.....	298
2. MÉTODO Y DISEÑO.....	298
2.1. Método.....	298
2.2. Diseño.....	298
3. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	299
3.1. Población.....	299
3.2. Muestra.....	299
4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS..	300
4.1. Técnicas.....	300
4.2. Instrumentos.....	300

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL.....	301
1.1. La hipótesis general.....	301
1.2. De la primera hipótesis específica.....	303
1.2.1. Las variables relevantes.....	304
1.2.2. Contrastación.....	309
1.3. De la segunda hipótesis específica.....	313
1.2.1. Las variables relevantes.....	314
1.2.2. Contrastación.....	317
2. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	324
2.1. Relación de las variables en la hipótesis general.....	325

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

1. DISCUSIÓN.....	327
1.1. Premisa en virtud del cual se cuestiona las hipótesis.....	327
1.2. Invalidez de la Premisa en virtud del cual se cuestiona las hipótesis.....	328
CONCLUSIONES.....	332
RECOMENDACIONES.....	339
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	340
Anexos.....	347

INTRODUCCIÓN.

“La defensa de la persona humana y el respeto de su Dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 de la Constitución de 1993); tal declaración constitucional, es la piedra angular del ordenamiento jurídico en nuestro país. En tal sentido dentro de los fines del Estado y de la Sociedad en General, los más importantes y por tal supremos son: a) defender a la persona y b) respetar su dignidad; consecuentemente, el derecho debe ser uno de los instrumentos al servicio de la persona y del Estado para defender a la persona y garantizar el respeto a su dignidad.

No debemos olvidar, entonces, que garantizar la vigencia de los Derechos Fundamentales es tarea de la Sociedad y del Estado. En lo que respecta al Estado, éste tiene un rol importante, el cual es garantizar la defensa y respeto de la dignidad de la persona, y el rol de los particulares es contribuir y cooperar con tales fines. Garantizar la defensa de la persona y el respeto a su dignidad, implica el reconocimiento de los Derechos Fundamentales, la tutela procesal y jurisdiccional para la defensa de los mismos.

En este marco, dentro de los derechos fundamentales, en el presente trabajo de investigación, el derecho relevante, objeto de la presente investigación es el *Derecho a la Igualdad*, y dentro de éste de manera particular el *Derecho a la igualdad ante la Tutela Jurisdiccional*. El derecho a la igualdad ha sido regulado por el Constituyente, en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho a: A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición, económica o de cualquier otra índole”*. Este mandato constitucional, del modo en que está regulado, en principio estaría dirigido a los legisladores; sin embargo también está dirigido a los jurisdiccionales en la medida que ellos toman las decisiones jurisdiccionales en virtud del Derecho.

Ahora bien, si los legisladores, diseñan el derecho sin discriminación alguna, y los jurisdiccionales toman sus decisiones en función a tal derecho diseñado; en términos lógicos, no sería posible una discriminación en las decisiones jurisdiccionales. Dicho

de otro modo las decisiones ante casos iguales o similares, serían uniformes; sin embargo en la práctica como se verá en el presente trabajo, ello no sucede del modo descrito. Es advertible en muchos casos, diferentes decisiones jurisdiccionales, ante casos iguales o similares que no admiten distinción.

Si esto sucede en la práctica, es de reconocer entonces que el Derecho como contenido no viene determinado, listo para ser aplicado; sino que está en un estado de indeterminación, siendo menester por tanto que el jurisdiccional, en su labor lo determine a efectos de tomar sus decisiones frente a los casos concretos, sometidos a su conocimiento. De este modo podemos decir que el derecho a la igualdad, no solo se garantiza con una labor legislativa, sino que será menester una labor jurisdiccional.

Ahora bien dentro de la labor jurisdiccional, el tema de la igualdad, entendido como la uniformidad de las decisiones jurisdiccionales frente a casos iguales o similares que no admiten distinción, no sería una cuestión fácil de garantizar, si no se contara con un órgano jurisdiccional, que ponga coto a las diferentes y contradictorias decisiones jurisdiccionales. De modo que contar con un órgano jurisdiccional de cierre o de máxima jerarquía jurisdiccional que garantice la igualdad ante la tutela jurisdiccional, es una necesidad.

Aquí entra a tallar la figura del Precedente, la cual aparece como una variable de solución frente a la Indeterminación del derecho; indeterminación, que puede tener su origen en el producto de una labor legislativa o el producto de una labor jurisdiccional. El precedente es justamente la variable que el órgano jurisdiccional de cierre o de máxima jerarquía jurisdiccional, utilizará para garantizar el Derecho a la igualdad ante la tutela jurisdiccional.

En este marco introductorio, aparecen las dos variables relacionadas al Derecho a la igualdad ante la Tutela Jurisdiccional: 1) El Precedente y 2) La Indeterminación del Derecho. Por tanto el estudio de estas variables, su relación y sus implicancias, constituye una cuestión fundamental para la ciencia jurídica, razón por la cual

merece nuestra atención.

“EL PRECEDENTE FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO”

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CONTENIDO: 1. ANTECEDENTES. 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2.1. Descripción del problema. 2.2. Formulación del Problema. 2.2.1. Problema general. 2.2.2. Problemas específicos. 3. OBJETIVOS. 3.1. Objetivo general. 3.2. Objetivos específicos. 4. JUSTIFICACIÓN 5. ALCANSES Y LIMITACIONES. 6. DEFINICIÓN DE VARIABLES.

1. ANTECEDENTES.

En nuestro país no se tiene un antecedente contextual, como tesis o investigaciones, del presente tema: “*EL PRECEDENTE FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO*”. No obstante existen antecedentes bibliográficos respecto al “Precedente” y respecto a la “*Indeterminación del Derecho*”.

Respecto a “El precedente” tenemos: Carlos Bernal Pulido (2007). “El precedente constitucional en Colombia”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007; p.175 – 186. Eduardo Meier García (2007). “Luces y sombras del precedente constitucional en Venezuela”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007; p. 187 – 226. Javier Adrián Coripuna (2007). “La

Tesis publicada con autorización del autor
No olvidemos la independencia judicial

jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y

UNFV

Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007; p. 107 – 134. José Antonio Rivera S. (2007). “La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007; p. 151 -174. Luiz Guilherme Marinoni (2013). “Precedentes obligatorios”. Palestra Editores – Lima. Págs. 525. Néstor Pedro Sagüés (2007). “El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007; p. 137 – 150. Pedro Grández Castro (2007). “Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007; p. 79 -106. Roger Rodríguez Santander (2007). “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007; p.15- 78.

Respecto a “La indeterminación del derecho” Tenemos: Ángeles Rodenas (2012). “La indeterminación del derecho”, En: “Los Intersticios del Derecho”. España: Marcial Pons. 1º ed. p. 21 -51. Eugenio Bulygin (2005). “Creación y aplicación del derecho”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 29 - 44. Eugenio Bulygin (2005). “En defensa del dorado. Respuesta a Fernando Atria”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 73 - 85. Fernando Atria (2005). “Sobre las lagunas”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 15 - 27. Fernando Atria (2005). “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 45 – 71. Fernando Atria (2005). “Réplica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 159 – 183. José Juan Moreso (2005). “*A brilliant disguise*: Entre fuentes y lagunas”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 185 – 203. Jorge L. Rodríguez (2005). “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid – España: Marcial Pons, p. 127 - 157. Josep M. Vilajosana (2007). “¿Está determinado el derecho?”, En: “Identificación y Justificación del derecho”. Madrid –España: Marcial Pons, p. 89 -121. Juan Ruiz Manero (2005). “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 103 – 126.

Pablo E. Navarro (2005). “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial”,

En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, p. 87 - 101.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Descripción del problema.

El Precedente, en la realidad jurídica de nuestro país, ha tenido y tiene como pretensión - el cual es compartido por diferentes países tanto del sistema del Civil Law como del El Common Law - resolver los diferentes y hasta contradictorios discursos jurídicos aplicables a un determinado caso. Por “Discurso jurídico” se hace alusión fundamentalmente a la identificación e interpretación que se hace del contenido del derecho.

En este sentido para establecer o desarrollar un discurso jurídico aplicable a un determinado caso, es necesario identificar el contenido relevante del derecho e interpretar debidamente el mismo, todo ello, dentro de los parámetros establecidos en un Estado de Derecho. Sin embargo la uniformidad en la identificación del derecho relevante y en la interpretación del mismo no es, ni ha sido pacífica, en la labor jurisdiccional. Todo ello ha tenido como resultado, la existencia de diferentes discursos jurídicos; que origina inseguridad jurídica en las decisiones jurisdiccionales.

Frente a esta situación, en ambos sistemas jurídicos, el Precedente, ha sido clave en la resolución de los diferentes y hasta contradictorios “discursos jurídicos”. En el Civil Law, en estricto, el problema se presenta cuando los jueces identifican y/o interpretan de diferente modo, el contenido de las disposiciones normativas, aplicables a un determinado caso. En el Common Law, en estricto, el problema se presenta fundamentalmente, cuando los jueces identifican y/o interpretan de diferente modo, el contenido de las decisiones jurisdiccionales anteriores aplicables a un caso concreto. En ambos casos la figura del Precedente, surge como una variable de solución al problema, en la medida que con ella se ha ido uniformizando el discurso jurídico, aunque con ciertas particularidades, debido al diseño que cada sistema le ha dado a la variable en cuestión.

Pero a todo esto, ¿A qué se debe la existencia de diferentes y hasta contradictorios discursos jurídicos? La respuesta que nos trae la doctrina es: *La indeterminación del derecho*. Esta variable, se produce cuando existe la imposibilidad en la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto, debido a defectos en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo. Los defectos en el contenido del derecho son aquellos incurridos en la creación del derecho, fundamentalmente en la labor legislativa; en tanto que los defectos en la interpretación del derecho son aquellos incurridos en la aplicación del derecho, esto es en la labor jurisdiccional.

Las alternativas de solución, frente a la indeterminación del derecho, pueden ser fundamentalmente de orden legislativo o de orden jurisdiccional. El legislador, en tanto creador del derecho por excelencia, puede solucionar los defectos en los que se haya incurrido en la labor legislativa, como por ejemplo, llenar vacíos normativos frente la existencia de lagunas, definiendo con claridad los conceptos jurídicos en casos de vaguedad o ambigüedad, etc. Esto supone modificaciones y adiciones en el contenido del derecho. El jurisdiccional, quien es llamado para aplicar el derecho, puede solucionar supuestos de indeterminación de derecho, interpretando debidamente el contenido del derecho y en algunos casos excepcionales creando derecho; esto supone un acto interpretativo o creador por parte del jurisdiccional.

¿Cuál de las dos alternativas resulta más eficaz frente al problema de la indeterminación del derecho? En la realidad jurídica, hasta hace poco bajo la concepción fundamentalmente positivista del derecho, la única respuesta habría sido, la alternativa de orden legislativa, pues en la práctica no se concebía en modo alguno a un juez creador de derecho sino a un juez meramente aplicador del derecho; no obstante, bajo el influjo fundamentalmente de la concepción no positivista del derecho, y la idea de un juez creador de derecho, a través de su labor jurisdiccional, la respuesta no necesariamente sería la misma. La emisión de los precedentes es una clara muestra de un cambio de concepción en la creación y aplicación del derecho.

En el caso de nuestro país, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, en la primera década del presente siglo, han emitido no pocos precedentes. A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional ha emitido durante los años 2004-2009, treinta y nueve sentencias con precedentes vinculantes. La Corte Suprema en materia

civil desde el 2007 – 2014, cuenta con V plenos casatarios con precedentes; y en materia penal desde 2005- 2014 cuenta con VIII plenos jurisdiccionales con precedentes.

Esta nueva realidad, muestra la importancia de la labor jurisdiccional, particularmente de los órganos jurisdiccionales de máxima instancias o de instancias de cierre frente al problema de la indeterminación del derecho. Pues a través de los precedentes, están facultados a solucionar los defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo.

En este marco, teniendo en cuenta las dos variables antes referidas – *El precedente* y *La indeterminación del derecho* - la cuestión problemática, se circunscribe al tema de la *Eficacia del precedente frente a la indeterminación del derecho*. En torno a esta cuestión problemática se ha de formular el problema y el objetivo de la presente investigación.

2.2. Formulación del problema.

2.2.1. Problema general

¿En qué medida el Precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho?

2.2.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera el Precedente, uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto?
- ¿Cuándo se advierte la indeterminación del derecho?

3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivo General.

- Explicar, en qué medida el precedente, resulta eficaz, frente a la indeterminación del derecho; a partir del análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario.

3.2. Objetivos Específicos.

- Determinar, la manera en que el Precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto.
- Precisar en qué momento se advierte la indeterminación del derecho.

4. JUSTIFICACIÓN

Se justifica el presente trabajo, en la medida que el tema en particular – Eficacia del precedente frente a la indeterminación del derecho - no ha tenido un desarrollo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia; lo que se tiene son desarrollos de las variables por separado; situación que, para los efectos del presente trabajo de investigación, precisa de un desarrollo uniforme. En el caso del precedente, se tiene un desarrollo doctrinario, legal y jurisprudencial; en el caso de la indeterminación del derecho, se tiene un desarrollo fundamentalmente doctrinario. El desarrollo de las variables, aun cuando se haya hecho por separado, importará para el desarrollo particular del presente tema.

Es importante desarrollar el tema de la investigación, pues con ello se está aportando a la ciencia del derecho, particularmente en el conocimiento de las variables aquí involucradas. Tanto la una como la otra variable – *El precedente* y *La indeterminación del derecho* – si bien ha tenido un desarrollo en la ciencia del derecho; no obstante la novedad en la presente investigación, se encuentra en relacionar ambas variables en torno a la “Eficacia” de la variable independiente “*El precedente*” frente al problema que constituye la variable dependiente “*La indeterminación del derecho*”.

El objeto final de la presente investigación, es lograr una explicación clara de la eficacia del Precedente frente a la Indeterminación del Derecho. Tal objeto implica necesariamente, una explicación clara de sus variables involucradas y las relaciones entre éstas. Las variables a las cuales nos estamos refiriendo son el Precedente y la Indeterminación del Derecho.

Este objeto final – la explicación de la eficacia del Precedente frente a la Indeterminación del Derecho – permitirá advertir la legitimidad de la institución del Precedente en nuestro ordenamiento jurídico. Con esto lo que se desea lograr, es posibilitar una explicación clara de la importancia del Precedente frente a la Indeterminación del Derecho. En realidad, como se podrá advertir, no sería posible, al

menos con cierto éxito, explicar la finalidad u objeto del Precedente, con independencia del tema en torno a la Indeterminación del Derecho.

En la praxis jurisdiccional, vemos una buena cantidad de precedentes emitidos y la aplicación constante de los mismos por los operadores del Derecho. En el tema de la aplicación por los operadores del derecho, hay una cuestión relevante, y es que se están aplicando sin más; ello fundamentalmente porque se tiene la idea generalizada de que han sido emitidos por los máximos órganos jurisdiccionales, esto es, por los que tienen la última palabra; aunque por diseño esto no sea una cuestión absoluta.

Frente a esta realidad, con el objeto de la presente investigación, se espera trascender al solo hecho de tener la idea de que un Precedente ha sido emitido y por tanto debe ser obedecido y aplicado sin más, como claramente estamos viendo en la praxis. Si ya la aceptación del Precedente, ha sido al menos para muchos, un paso importante, con el cual se ha dejado la idea de que Juez, no puede crear derecho, solo aplicarlo; no podemos tampoco, ir al otro extremo de considerar que el Juez puede crear derecho a su libre consideración y oportunidad, y en tal sentido al tener la facultad de emitir un precedente solo queda obedecerlo. De modo, que el alcance importante en la presente investigación, es lograr un paso adicional, a la sola aceptación del Precedente, el cual consiste en advertir sus limitaciones; ello a partir de comprender la otra variable que es la Indeterminación del Derecho.

5. ALCANCES Y LIMITACIONES.

Como ya se ha referido, el objeto final de la presente investigación, es lograr una explicación clara de la eficacia del Precedente frente a la Indeterminación del Derecho. Con tal objeto, los alcances que podemos advertir, fundamentalmente son los siguientes: 1) Comprender la legitimidad del Precedente en nuestro sistema jurídico, 2) Comprender las limitaciones del Precedente, en virtud de la Indeterminación del Derecho y 3) Posibilitar un análisis crítico de los Precedentes emitidos.

Respecto al primer alcance - Comprender la legitimidad del Precedente – nos permitirá entender el porque es necesario la emisión del precedente. La crítica respecto al número significativo de los precedentes, no implica que el precedente no sea necesario; tal

crítica obedece más a la emisión, muchas veces, innecesario. Respecto al segundo alcance - Comprender las limitaciones del Precedente, en virtud de la Indeterminación del Derecho – permitirá determinar cuándo es necesario la emisión de un precedente, para tal efecto el parámetro será la indeterminación del derecho; es decir que se hará qué se ha de emitir un precedente, cuando se advierta la indeterminación del derecho, caso contrario el jurisdiccional de máxima instancia, tendrá la facultad pero no tendrá límites y eso sí sería un problema. Respecto al tercer alcance - Posibilitar un análisis crítico de los Precedentes emitidos – nos permitirá el uso adecuado de los precedentes, es decir usar un precedente cuando se debe y no en cualquier momento, como es posible ver en la práctica.

Como limitaciones podemos advertir que, mediante esta investigación, no se pretende el conocimiento de los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; tampoco identificar en estos precedentes las indeterminaciones que dieron lugar a su emisión. De este modo, no estamos frente a un trabajo descriptivo de las variables sino un trabajo analítico de las variables, de modo que nos permita explicar el objeto planteado, esto es explicar en qué medida el precedente resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho. Si en el trabajo existen descripciones de variables, ello es para posibilitar el análisis posterior, esto es que la descripción será un medio, pero en modo alguno por sí mismo será la finalidad de éste trabajo.

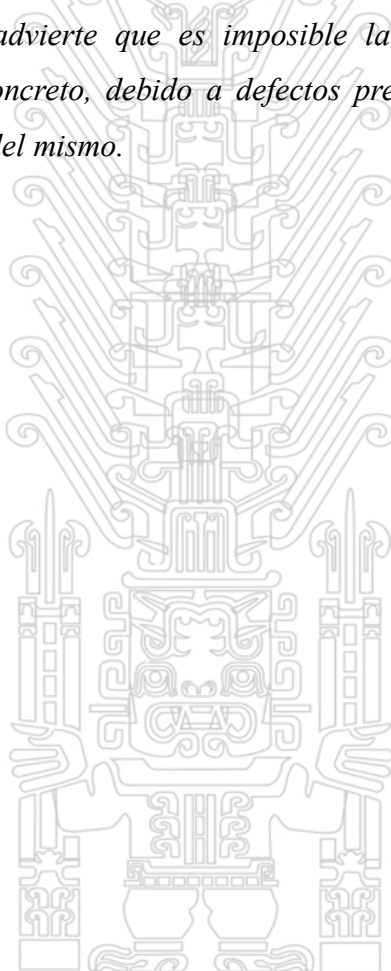
6. DEFINICIÓN DE VARIABLES.

Es de considerar importante, para el presente trabajo de investigación definir nuestras variables principales, como lo es: 1) El precedente y 2) La indeterminación del derecho. Dentro de las definiciones que pueda haber de las variables en cuestión, utilizaremos aquellas, que nos van a servir para el desarrollo de la presente investigación. Como es de entender, toda definición es el punto de partida en la construcción y desarrollo de una variable

Ahora bien para obtener una definición de una variable, es necesario tener alcances suficientes respecto los contenidos o alcances de dichas variables. En efecto teniendo en cuenta el desarrollo expuesto en el marco teórico de la presente investigación, las variables pueden ser definidas del siguiente modo:

Precedente.- Reglas, principios o interpretaciones, que un jurisdiccional, por lo general de máxima instancia, a través de sus sentencias, emiten con la finalidad de resolver un caso concreto sometido a su conocimiento y que resultan vinculantes en menor o mayor o grado, en la labor de los jurisdiccionales de igual o menor jerarquía cuando conozcan un caso igual o similar; incluso puede ser vinculante para todos en general.

Indeterminación del Derecho.- Es una situación que se presenta en la labor jurisdiccional, cuando se advierte que es imposible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho en la interpretación del mismo.



“EL PRECEDENTE FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO”

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

CONTENIDO: 1. MARCO FILOSÓFICO. 1.1. El positivismo jurídico. 1.2. El no positivismo jurídico. 1.3. Crítica al positivismo jurídico. 1.4. Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del orden jurídico. 2. EL PRECEDENTE. 2.1. El precedente en el Common Law. 2.2. Diseño legislativo del precedente en el Perú. 2.3. Desarrollo teórico del precedente por el Tribunal Constitucional. 2.4. Contenido del precedente. 2.5. Ubicación del precedente en el sistema de fuentes. 2.6. Jerarquía del precedente en el sistema de fuentes. 2.7. Límites para la emisión y aplicación del precedente. 2.8. Justificación para la emisión del precedente. 3. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. 3.1. Determinación conceptual. 3.2. La Concepción del Derecho en la identificación e interpretación del Derecho. 3.3. Diseño del sistema jurídico en la identificación e interpretación del Derecho. 3.4. La Tutela Jurisdiccional frente a la indeterminación del Derecho. 3.5. Lagunas del Derecho frente a la indeterminación del Derecho. 3.6. Interpretación del Derecho en la Indeterminación del Derecho. 3.7. Los Principios y las Reglas de Derecho en la indeterminación del Derecho. 4. EL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. 4.1. Precedente Normativo o Precedente Vinculante. 4.2. Frente a “conflictivos o contradictorios en la labor jurisdiccional”. 4.3.

Frente a “Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad”. 4.4. Frente al “Vacío normativo”. 4.5. Frente a “Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades”. 4.6. Frente a la “Necesidad de cambiar de precedente vinculante”. 4.7. Precedente interpretativo o Jurisprudencia Vinculante. 5. EL PRECEDENTE DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. 5.1. En materia penal. 5.1.1. Frente a la indeterminación de la pena. 5.1.2. Frente a la indeterminación de la prescripción. 5.1.3. Frente a la indeterminación en los delitos contra la libertad sexual. 5.1.4. Frente a la indeterminación en la Acusación Fiscal. 5.2. En materia civil. 5.2.1. Frente a la indeterminación de en transacción no homologada judicialmente y la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos”. 5.2.2. Frente a la indeterminación de la “Coposición homogénea en la prescripción adquisitiva”. 5.2.3. Frente a la indeterminación en los “Procesos de familia”. 5.2. 4. Frente a la indeterminación de la “Posesión precaria”. 5.2.5. Frente a la indeterminación de “Impugnación de acuerdos de una Asociación Civil”. 6. HIPÓTESIS. 6.1. General. 6.2. Específicas.

1. MARCO FILOSÓFICO

Para los efectos de la presente investigación tres son los temas que importan su desarrollo: 1) El positivismo jurídico, 2) El no positivismo y 3) El neo – constitucionalismo.

1.1. El positivismo jurídico.

Empecemos por tratar el tema, a partir del desarrollo que sobre el mismo han realizado GASCÓN ABELLÁN, MARINA y GARCÍA FIGUEROA, ALONSO, en su libro “La argumentación en el derecho” (2005)¹. A decir de estos autores el Positivismo

representa una corriente desarrollada fundamentalmente a partir del siglo XIX en Europa de la mano de la escuela de la Exégesis en Francia, la Escuela Histórica Alemana y la Jurisprudencia analítica inglesa. Advierten que existen varias acepciones del positivismo, así señalan que el autor italiano BOBBIO, las ha clasificado en tres versiones fundamentales: 1) El positivismo jurídico metodológico o como enfoque metodológico, 2) El positivismo jurídico teórico y 3) El positivismo jurídico ideológico.

Respecto a la primera versión - *El positivismo jurídico metodológico o como enfoque metodológico* - sostiene la tesis de la separación o de la no vinculación; es decir que no existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. En esta versión se encuentran implícitas una serie de tesis, a saber: a) Tesis de la neutralidad, b) Tesis de las fuentes sociales y c) Tesis de la discreción. Conforme a la primera tesis - *Tesis de la neutralidad* - debemos describir el derecho si introducir valoraciones morales, ideológicas, etc. Es una expresión del anhelo de pureza kelseniana que inspira *la teoría pura de Derecho*. Conforme a la segunda tesis - *Tesis de las fuentes sociales* - el único derecho es el Derecho positivo, esto es, el Derecho puesto por los hombres, desarrollados por sus prácticas y convenciones. Conforme a la tercera tesis - *Tesis de la discreción* - el Derecho es falible en dos aspectos muy importantes: técnica y moralmente. Lo primero debido a las imprecisiones terminológicas y conceptuales, desus antinomias y lagunas entre otras cuestiones; lo segundo debido a las posibles deficiencias morales. La habilidad técnica y moral del Derecho exige el concurso de la labor argumentativa del juez, que debe intervenir para dar respuesta a las controversias jurídicas incluso cuando el ordenamiento jurídico no aporta una solución.

Respecto a la segunda versión - *El positivismo jurídico teórico* - el Derecho carece de fisuras y es capaz de dar solución a todos los problemas que se plantean. Se basa en dos ideas: a) niega los problemas de lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad; b) el juez solo se limita a pronunciar las palabras de la ley (interpretación formalista). Aquí se advierte una contrariedad con las tesis de las fuentes sociales y la tesis de la discreción, propias del positivismo jurídico metodológico.

Respecto a la tercera versión - *El positivismo jurídico ideológico* - mantiene una tesis normativa, debemos obedecer el Derecho por el mero hecho de ser Derecho. A decir de

los autores en cuestión, es probable que sólo HOBBS y según algunos, RADBRUCH anterior a la Segunda Guerra Mundial haya defendido esta idea de forma rotunda. Advierten que entra en conflicto con el positivismo metodológico, cuyo único propósito es describir el derecho, no proscribir o proscribir su obediencia. Refieren que en la actualidad una versión debilitada de la versión en cuestión, es mantenida de manera (sólo aparentemente) paradójica entre los críticos al positivismo metodológico. Por ejemplo ALEKSANDER PECZENIK sostiene que existe un deber *prima facie* de obedecer al Derecho. Es decir, en principio debemos obedecer el Derecho, pero esta obligación puede ceder eventualmente. Esto, advierten los autores, presupone un concepto no positivista del Derecho en mayor o menor medida.

Un segundo desarrollo del tema en cuestión, lo podemos ver en el trabajo de MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO, en su discurso titulado “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*” (2009)². En este discurso ha desarrollado contenidos relevantes de lo que se entiende por positivismo y de otro lado ha advertido las críticas a estos contenidos, para finalmente mostrar la no vigencia del positivismo para explicar el paradigma del Constitucionalismo. Su discurso se puede dividir en tres momentos. En un primer momento destinado a identificar, a partir de su discurso, el contenido de lo que se entiende por positivismo. En un segundo momento a identificar las críticas advertidas respecto a ciertos contenidos del positivismo. Finalmente en un tercer momento a precisar la conclusión, respecto a que el positivismo no resulta suficiente para explicar el nuevo paradigma del constitucionalismo. En este apartado, referido al positivismo, importa desarrollar el primer momento, esto es identificar, a partir de su discurso, el contenido de lo que se entiende por positivismo. Para tal caso, precisaremos tres puntos desarrollados por los autores en referencia: 1) Forma como se extendió el positivismo, 2) Tres grandes formas de positivismo jurídico y 3) Tesis definitoria del positivismo: compartida por cualquiera de las variantes.

Respecto al primer punto - *como se extendió el positivismo* – explican las aproximaciones a partir de 1) BOBBIO y 2) GONZÁLES VICEN. Así de acuerdo con BOBBIO, hay tres sentidos de la expresión “Positivismo jurídico”: i) El positivismo como enfoque o modo de acercarse al estudio del Derecho, ii) El positivismo como

teoría del Derecho y iii) El positivismo como ideología.

El primer sentido de la expresión “Positivismo jurídico” - *El positivismo como enfoque o modo de acercarse al estudio del Derecho* - no hay que entenderlo como método sino como delimitación del objeto de investigación; en la distinción entre derecho ideal y derecho real, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser: el derecho que debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. El segundo sentido de la expresión “Positivismo jurídico” - *El positivismo como teoría del Derecho* - se trata de la común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del Derecho, a la que se vincula algunas conocidas tomas de posesión siendo las más características: a) con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, b) con respecto a la definición de la norma jurídica, la teoría imperativa, c) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la Ley, d) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud y de coherencia; e) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica. El tercer sentido de la expresión “Positivismo jurídico” - *El positivismo como ideología* - confiere al Derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo; contiene dos vías argumentativas: a) el Derecho positivo por el solo hecho de ser positivo es justo; b) que el Derecho sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal.

GONZÁLEZ VICÉN por su parte, defiende la tesis de que el positivismo en cuanto hecho histórico o modo general de entender la realidad jurídica, debía distinguirse de las teorías del positivismo jurídico; una cosa es el positivismo jurídico en cuanto concepción del Derecho como un orden real e individualizado que conforma efectivamente las relaciones humanas en una comunidad y en un momento determinado y otra cosa las diversas respuestas dadas a las interrogantes nacidas de la anterior concepción y no reconducibles fácilmente a una unidad: el positivismo historicista, el positivismo normativista o el realismo jurídico.

blando o incluyente y 3) Positivismo axiológico normativo.

En torno a la primera forma del Positivismo jurídico - *Positivismo excluyente* - citando a JOSEPH RAZ el derecho se identifica sin recurrir a criterios morales, pues la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirla a una persona o institución relevante y tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho. Recurriendo a la concepción de EUGENIO BULYGIN, en la aplicación del derecho caben sólo dos posibilidades: i) el caso de que se trate sea indiscutiblemente subsumible en una y sólo una regla, sin que la presencia de circunstancia alguna pueda autorizar a considerar que el caso en cuestión pueda constituir una excepción implícita a la regla y ii) en caso que no sea subsumible o que la misma resulte controvertible, el juez, sencillamente, goza de discreción sin que el derecho suministre guía alguna para el ejercicio de la misma.

En torno a la segunda forma del Positivismo jurídico - *Positivismo jurídico blando o incluyente* - recurren a la concepción de CARRIÓ. Conforme a tal autor, la regla de reconocimiento podía incluir criterios morales, pero que con ello no se alteraba la afirmación de que una norma es jurídica no porque esté de acuerdo con la moral, sino por su conformidad con la regla de reconocimiento. Recurriendo a la concepción de JOSÉ JUAN MORESO, el razonamiento jurídico no sólo tiene elementos morales cuando se trata del razonamiento, sino también cuando se trata del razonamiento para establecer el contenido del derecho, si es que la regla de reconocimiento (como ocurre en los sistemas jurídicos del paradigma constitucional) incorpora criterios morales.

En torno a la tercera forma del Positivismo jurídico - *Positivismo axiológico normativo* - el Derecho no debe incluir criterios morales para su identificación. Recurriendo a ATRIA, el derecho no es producto de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas, sino un producto artificial, no natural, y basado en la autoridad (Cómo permitir que la argumentación moral juegue un papel en la argumentación jurídica sin que se pierda la autonomía del razonamiento jurídico. Los jueces deben partir del respeto a la Ley: el positivismo significa sobre todo la defensa del principio de universalidad del valor de adherirse a normas previamente dadas, en lugar de subrayar, como lo hace el neoconstitucionalismo de nuestros días, que la legislación se subordina a la constitución y que, al incorporar la misma principios morales, los jueces tienen que

hacer un amplio uso de instrumentos como la ponderación). Respecto a este tipo de positivismo, informan que MORESO ha realizado un síntesis, siendo esta la siguiente : i) desacuerdo profundo en cuanto a los criterios de corrección moral, ii) si se quiere respetar la autonomía de las personas, hay que regular la conducta mediante normas claras y precisas; iii) si se identificara el Derecho recurriendo a criterios morales, entonces se sacrificaría el valor de certeza y, por tanto, el de autonomía de las personas; iv) por lo tanto el derecho debe identificarse sin recurrir a la moral.

Respecto al tercer punto - *Tesis definitoria del positivismo: compartida por cualquiera de la variantes* – explican que hay dos tesis definitorias: 1) El Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos y que hoy tiende a llamarse más bien “tesis de las fuentes sociales del Derecho” y 2) La separación entre el Derecho y la moral, que hoy tiende a entenderse- al modo del llamado positivismo blando o incluyente - en el sentido de que el valor moral de una norma no es condición suficiente y no puede ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma.

1.2. El no positivismo jurídico.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA y GARCÍA FIGUEROA, ALONSO, señalan: “Tradicionalmente, se ha contrapuesto dos teorías o grupos de teorías sobre el Derecho: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Sin embargo, dados los actuales términos de la discusión, es más fructífero distinguir simplemente entre positivismo y no positivismo jurídico con el fin de dar cobertura con esta distinción a aquellos autores que, sin ser iusnaturalistas, por no compartir la idea de la existencia de un Derecho natural, tampoco son partidarios de las tesis positivistas”³

El desarrollo, que realizan estos autores en su libro “La argumentación del derecho”⁴ se centra en dos puntos fundamentalmente: 1) La defensa o negación del positivismo y 2) Los tipos de no positivistas.

Respecto al primer punto - *La defensa o negación del positivismo* - Sostienen que el no

positivismo defiende la existencia de una relación conceptual necesaria entre Derecho y Moral, es decir rechaza la tesis de la separación; adicionalmente suele negar las tesis básicas de las fuentes sociales, de la neutralidad y de la discreción. Suele defender enunciados como los siguientes aunque no siempre conjuntamente: i) *Existe algún tipo de orden moral objetivo o de Derecho Natural* y ii) *Existe una relación necesaria entre el Derecho y el orden moral objetivo o el Derecho natural*.

Respecto al segundo punto - *Los tipos de no positivistas* – sostienen que existe tres tipos de no positivistas, según se sostenga conjuntamente o no las dos tesis defendidas y a las que se ha hecho referencia al punto anterior (enunciados): a) Iusnaturalistas ontológicos, b) Iusnaturalistas deontológicos y c) Neoiusnaturalistas. Los primeros - *ontológicos* – sostienen ambos enunciados - i) *Existe algún tipo de orden moral objetivo o de Derecho Natural* y ii) *Existe una relación necesaria entre el Derecho y el orden moral objetivo o el Derecho natural* – desde este punto de vista no es posible hablar de un derecho injusto. Los segundos - *deontológicos*- defienden el primer enunciado pero no el segundo, pudiendo ser compatible con el positivismo; afirman que el Derecho puede ser justo o injusto y que existe un orden moral al que el Derecho debe tender. Los terceros - *Neoiusnaturalistas* – sostendrían que el Derecho está vinculado a la moral sin definir a cual.

ROBERT ALEXY, al tratar el tema del *concepto y la naturaleza del Derecho*⁵, divide al no positivismo en tres versiones: 1) El no positivismo excluyente, 2) El no positivismo incluyente y 3) El no positivismo súper incluyente. Para entender esta clasificación, en principio hay que partir de la posición del autor en torno a las dimensiones del derecho. Para el autor el derecho implica necesariamente dos dimensiones: 1) *real o fáctica* y 2) *ideal o crítica*. La primera depende de los hechos sociales, define al derecho mediante la referencia exclusiva a la expedición autoritativa y a la eficacia social; la segunda depende del debe ser, define al derecho en virtud a razones no autoritativas que se refieren a la justicia, esto es a razones morales. Esta posición del autor se funda en la fórmula de RADBRUCH, que lo resume del siguiente modo: “*el derecho positivo, asegurado por medio de la legislación y el poder, tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en su intento por beneficiar a la gente, a menos que el*

conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado intolerable de tal manera que la ley, en tanto derecho defectuoso, tenga que ceder ante la justicia. El autor lo resume del siguiente modo: “La injusticia extrema no es derecho”.

En este marco, para el autor la versión del no positivismo más adecuada sería aquella en la que se encuentren presentes ambas dimensiones del derecho: 1) real o fáctica y 2) ideal o crítica. De las tres versiones el autor defiende la segunda, en virtud de lo ya referido; en tanto que cuestiona la primera y tercera versión debido a que la primera expresa un sesgo injustificado hacia la dimensión ideal del derecho y la tercera, a la dimensión real del derecho. Veamos en adelante con mayor detalle.

Conforme a la primera versión - *El no positivismo excluyente* – todo defecto moral conduce a la invalidez jurídica. A decir del autor es la versión más radical del no positivismo, que se encuentra raramente en la literatura. Esta versión expresa la idea de que todo defecto moral se considera apto para excluir a los hechos sociales de las fuentes de la validez jurídica. De acuerdo con esta posición las reglas inmorales no son jurídicamente válidas. Cuestiona esta versión en el sentido que pareciera como si la moral regulara al derecho por completo y teniendo en cuenta la naturaleza inherentemente controversial de los problemas morales, desembocaría en el anarquismo. Se puede reprochar de ser una versión del no positivismo que incurre en una idealización excesiva del derecho.

Conforme a la tercera versión - *El no positivismo súper incluyente* – La validez jurídica no se afecta de ningún modo a causa de la existencia de defectos morales o de una falta de corrección desde el punto de vista moral. Esta versión, para no pertenecer a una postura positivista, conforme al autor, hay que entenderlo dando una mirada a la teoría de KANT; quien comienza con ciertas afirmaciones que tienen un carácter profundamente no – positivista, como las asunciones de que existe un derecho “inherente” a la libertad y que existe un derecho a la propiedad que no se basa en nada diferente a la razón pura; ambos descansan “sólo sobre principios apriori”. En un segundo paso Kant conduce desde el no – positivismo o derecho natural hasta el derecho positivo. Sin la transformación en derecho positivo, estos derechos no – positivos o naturales permanecerían, por completo sin efectos. Explica el autor que el punto

el derecho positivo es un paso radical, porque una vez que se ha establecido el sistema jurídico positivo, cada forma de resistencia o desobediencia que quiera apelar a los derechos no – positivos naturales está prohibida. En este marco el autor critica en el sentido que debido al carácter radical, esta versión se expone a objeciones bastante similares a la primera versión - *El no positivismo excluyente*. Expone que si la primera dimensión expresa un sesgo injustificado hacia la dimensión ideal del derecho, esta versión expresa un dudoso sesgo a favor de la dimensión real o fáctica del derecho.

Conforme a la segunda versión - *El no positivismo incluyente* – los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si se traspasa el umbral de la justicia extrema. Es la versión defendida por el autor en referencia. Entendiendo al autor - quien defiende esta versión en base a la fórmula de RADBRUCH - el reproche a las versiones anteriores, puede evitarse con esta versión. Aquí la validez se pierde en algunos casos en que se presentan defectos o deméritos morales, pero no en otros. En virtud de esta versión el autor sustenta lo siguiente: “El derecho es al mismo tiempo esencialmente autoritativo y esencialmente ideal. Todos los defectos de la dimensión ideal son defecto jurídico, pero de ninguna manera todos estos defectos tienen los medios para menoscabar lo que ha sido establecido como derecho por la dimensión autoritativa. Para dar este paso ulterior, se necesitan razones adicionales”; a esto complementa lo siguiente: “Estas razones adicionales tienen que comprender razones morales. Las razones morales son razones normativas. Las razones morales o normativas (...) comprenden a los derechos humanos o fundamentales”.

1.3. Crítica al positivismo jurídico.

Como ya se indicó, en el discurso titulado “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*” de MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO (2009)⁶ se desarrolla contenidos relevantes de lo que se entiende por positivismo y de otro lado ha advertido las críticas a estos contenidos, para finalmente mostrar la no vigencia del positivismo para explicar el paradigma del Constitucionalismo. También se precisó que tal discurso podía dividirse en tres momentos. En un primer momento destinado a identificar, a partir de su discurso, el contenido de lo que se entiende por positivismo. En un segundo momento a

identificar las críticas advertidas respecto a ciertos contenidos del positivismo. Finalmente en un tercer momento a precisar la conclusión, respecto a que el positivismo no resulta suficiente para explicar el nuevo paradigma del constitucionalismo. El primero momento ya se desarrolló en el apartado correspondiente; en este apartado, desarrollaremos los dos momentos siguientes.

El segundo momento, está destinado a *identificar las críticas advertidas por los autores en referencia, respecto a ciertos contenidos del positivismo*; en torno a ello se advierte lo siguientes puntos: 1) La crítica de Dworkin y Alexy, 2) Crítica al positivismo blando o incluyente, 3) Puntos débiles según Moreso respecto al positivismo axiológico normativo y 4) Lo grave en el positivismo.

Respecto al primer punto - *La crítica de Dworkin y Alexy* – DWORKIN, en contra al positivismo de HART sostiene que el Derecho no está constituido únicamente por reglas, sino también por principios, los cuales existen por razones morales, siendo así no cabe sostener la tesis de que exista una nítida distinción entre el Derecho y la moral; asimismo el Derecho no consiste sólo en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en la que juega un papel determinante los fines y valores que definen los valores. ALEXY se centra también en la “tesis de la separación” y en la manera de configurar el propio concepto del Derecho; en efecto sostiene que existe una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la moral, y hay razones normativas en favor de incluir elementos morales en el concepto de Derecho.

Respecto al segundo punto - *crítica al positivismo blando o incluyente* - en primer lugar advierten que su tesis distintiva - Derecho y moral es contingente – es de escaso interés para los juristas; pues aun concediendo que tales sistemas sean posibles, lo que es indudable es que no se trata de nuestros sistemas, de los Derechos de Estado constitucional, ni tampoco de los que cabe razonablemente prever. En segundo lugar su pretensión de estar al servicio de una teoría descriptiva y general del derecho; constituye uno de los puntos más débiles del conjunto del legado positivista.

Respecto al tercer punto - *Puntos débiles según Moreso respecto al positivismo axiológico normativo* – en primer lugar MORESO refiere que en la moral hay

desacuerdo absoluto; en segundo lugar, lo que mejor protege el valor de la autonomía son reglas claras y precisas, pero que incorporen *cláusulas de derrotabilidad moral*; esto último en opinión de los autores en referencia, es otra manera de decir que el Derecho, en el contexto del Estado Constitucional, no puede dejar de estar integrado por reglas y por principios y que estos últimos tienen cierta preminencia axiológica sobre las reglas.

Respecto al cuarto punto - *Lo grave en el positivismo* - los autores refieren que lo grave del positivismo, no está en lo irrelevante que hoy resultan sus tesis definitorias (lo irrelevante se muestra porque no están en cuestión por nadie, ni siquiera por lo iusnaturalistas), sino en ciertas concepciones generales que acompañan a todas las grandes teorías adscribibles al positivismo jurídico en el siglo XX: teorías del Derecho tales como las de Kelsen, Ross, Carrío, Hart o Alchourrón y Bulgin. Nos referimos a la concepción descriptivista de la teoría del Derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir. De otro lado señalan que el ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas, y éstas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad limitada, inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales tales como: i) conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales (Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de la directivas del constituyente, más allá de lo que el constituyente ha ordenado y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas) y ii) Las excepciones implícitas a las reglas (Tan solo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobre inclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes).

Finalmente un tercer momento está dirigido a precisar la conclusión, hecha por los autores en referencia, respecto a que *el positivismo no resulta suficiente para explicar el nuevo paradigma del constitucionalismo*. En efecto aquí se precisa dos puntos: 1) Elementos del positivismo que no se pueden desechar y 2) El positivismo frente al

paradigma neoconstitucionalista

Respecto al primer punto - *Elementos del positivismo que no se pueden desechar* – los autores señalan que tales elementos están vinculados a la orientación analítica, en sentido amplio, esto es, no sólo el uso de las técnicas del análisis del lenguaje sino sobre todo, y más en general, en los resultados obtenidos a partir de sus gusto por la precisión, la claridad y las distinciones conceptuales.

Respecto al segundo punto - *El positivismo frente al paradigma neoconstitucionalista* – lo autores refieren que el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esta forma de entender el derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional, además de por lo débitos a los que se ha venido haciendo referencia, por último rasgo vinculado a ellos: porque tiene en todas sus variantes un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no también del Derecho como práctica social. El derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice, sino una actividad en la que participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar.

1.4. Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del orden jurídico.

Desarrollaremos el tema del Neoconstitucionalismo, teniendo como base el tratamiento del mismo, realizado por SUSANNA POZZOLO, en el 2011, en el capítulo I de su libro titulado “*Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*”. En este capítulo titulado “*EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO ÚLTIMO DESAFÍO AL POSITIVISMO JURÍDICO: Las razones del neoconstitucionalismo y las exigencias del constitucionalismo*”⁷ desarrolla entre otros puntos los siguientes: 1) El neoconstitucionalismo frente al positivismo jurídico, 2) Las repercusiones de las peculiaridades del Estado Constitucional, 3) Incompatibilidades entre isupositivismo y constitucionalismo, 4) Modelos de Constitución como una propuesta frente al problema de los múltiples sentidos del término Constitución, y por ende del vocablo constitucionalismo del cual deriva, 5) Definición del Constitucionalismo, 6) Modelos de constitución y 7) Neoconstitucionalismo.

Respecto al primer punto - *El neoconstitucionalismo frente al positivismo jurídico* - el neoconstitucionalismo constituye una crítica al positivismo jurídico, básicamente por su incapacidad de explicar al moderno Estado constitucional. En efecto el iuspositivismo se identifica con la Ley, y por tanto puede explicar su contenido, pero no podría hacerlo respecto al contenido de las normas constitucionales dada la diferencia de contenido. La ley puede tener cualquier contenido y las normas constitucionales no; éstas a diferencia de la ley estarían por encima de las mayorías parlamentarias, como de las voluntades contingentes; su contenido sería producto de un acuerdo sobre los valores fundamentales. El positivismo metodológico, se presenta como una forma descriptiva del sistema, esto es indicando como es el Derecho; en tanto que el neoconstitucionalismo se presenta como mínimo una reconstrucción racional y como máximo como una justificación del sistema, en ambos casos indicando como debe ser el Derecho (Política constitucional). Entendiendo en este sentido al modo de ZAGREBELSKY, a la Constitución como un documento “vivo”.

Respecto al segundo punto - *Las repercusiones de las peculiaridades del Estado Constitucional* - El neoconstitucionalismo emplea la noción de Estado constitucional, conforme a los ordenamientos posteriores a la segunda Guerra Mundial, siendo que sus constituciones asumieron un número relevante de principios de justicia, de libertad y derechos sociales; transformando al Estado, de *árbitro a jugador*; situación que hace surgir la necesidad de obtener nuevos instrumentos de análisis. En este marco, las peculiaridades del Estado constitucional tendrían repercusiones en temas tales como: 1) Fuentes del Derecho, 2) Interpretación y aplicación del derecho y 3) Noción del Derecho positivo.

Respecto al primer tema - *Fuentes del Derecho* – hay dos elementos que cambian el sistema de fuentes: i) La subordinación de la Ley a la Constitución y ii) La intervención de la jurisdicción constitucional. En torno al primer elemento, en un Estado constitucional, la ley ordinaria aparece subordinada a la Carta constitucional, documento jerárquicamente más elevado, tanto en su aspecto formal como en lo sustancial, exigiendo al legislador un respeto lógico - formal para su desarrollo y aplicación; perdiendo la Ley, en este sentido, su carácter de libre expresión del poder político, al servir únicamente para las tareas de actuación, desarrollo y aplicación de la

Constitución. En torno al segundo elemento, en un Estado constitucional, el juez tiene la tarea de garantizar la Constitución contra las leyes que le resulte incompatibles, ya sea anulando su contenido (legislador negativo) o adaptando al contenido de la Constitución.

Respecto al segundo tema - *Interpretación y aplicación del derecho* – cuando menos del derecho constitucional, no sería posible desde un enfoque ius – positivista, pues requiere un enfoque peculiar, el cual, incluso, influiría en el derecho infra – constitucional. Es el caso de los principios constitucionales, su interpretación es distinta a las normas legislativas. Su interpretación exige la técnica de la ponderación en oposición a la subsunción, propia del isupositivismo y pensada para las normas legislativas, interpretadas con instrumentos deductivos. La ponderación, implica ponderar o equilibrar los valores que están en juego, teniendo en cuenta las exigencias de justicia que constantemente plantea cada caso concreto; debiendo el intérprete de hacer prevalecer aquel valor que en el caso concreto es considerado relevante.

Respecto al tercer tema - *Noción del Derecho positivo* – el Estado constitucional, restauraría los ligámenes entre Derecho y Justicia que fueron cortados por el positivismo jurídico, situación que exigiría emplear un concepto normativo del Derecho. Emerge aquí una noción de norma jurídica inescindiblemente ligada a la noción de “razón para actuar” o de razón que justifica la acción; derivándose de ello, que el sistema, para poder ofrecer razones capaces de justificar acciones y decisiones, debería presentar determinados contenidos moralmente correctos; sin ellos no sería un sistema verdadero, ofrecería a lo sumo, razones prudenciales fundadas en el temor a una sanción, lo cual no es una razón para obrar. El elemento coercitivo no es un elemento definitorio del Derecho constitucional, sino un elemento accesorio determinado por circunstancias contingentes; lo definitorio para calificar como jurídico a un sistema normativo o a una norma específica sería, el contenido de justicia que es expresado, que podría también estar positivizado, relevante para distinguir las tradicionales formas del ius – naturalismo, que en tiempos positivos estaban relegados al limbo de las proclamaciones meramente políticas privadas de incidencia correcta.

Constitucionalismo; b) “Iuspositivismo” como teoría vs. Constitucionalismo y c) “Iuspositivismo” como metodología vs. Constitucionalismo.

La primera incompatibilidad - *“Iuspositivismo” como ideología vs. Constitucionalismo* – se encuentra en que el positivismo ideológico sostiene que el Derecho positivo, por el sólo hecho de ser positivo, es justo y debe ser obedecido (en virtud de un deber moral); en tanto que el constitucionalismo es, al contrario, la ideología menos complaciente con el poder. La segunda incompatibilidad - *Iuspositivismo” como teoría vs. Constitucionalismo* – derivaría en la posición soberana que tiene la ley ordinaria en la conceptualización iuspositivista; que es contrario al Estado constitucional en donde la función y jerarquía de la Ley tiene un rol subsidiario a la Constitución, en lo formal y sustancial. La tercera incompatibilidad - *“Iuspositivismo” como metodología vs. Constitucionalismo* – derivaría de que el primero separó Derecho de moral, extirpando a la segunda del horizonte jurídico; en tanto que el Derecho del Estado constitucional exige ser estudiado y comprendido a partir de una toma de posición moral, esto es de un enfoque ético.

Respecto al punto 4 - *Modelos de Constitución como una propuesta frente al problema de los múltiples sentidos del término Constitución, y por ende del vocablo constitucionalismo del cual deriva* - Se destaca de otro lado que la investigación del vocablo “constitucionalismo” requiere efectuar el análisis del término “constitución”, en tanto que de éste deriva aquel. Dicho análisis, tiene enfrente el problema de los múltiples sentidos transmitidos por el término “Constitución”. Frente a este problema, se intentar resumir los múltiples sentidos transmitidos por el término bajo examen conceptuándolos en “modelos de Constitución”, que se asume sobre la propuesta de MARIO DOGLIANI y PAOLO COMADUCI y que son cuatro: 1) Modelo preceptivo; 2) Modelo descriptivo; 3) Modelo descriptivo de la Constitución entendida como norma y 4) Modelo preceptivo de la Constitución entendida como norma.

Respecto al primer modelo de “constitución” - *preceptivo* – es un sentido de “constitución” que designa un orden de sociedad, que por si mismo es generador de normas. Por tanto no presupone y no requiere la noción de poder constituyente. Aquí la constitución existe como síntesis de principios ya incardinados en las instituciones y, por tanto, existe solo gracias a la operación intelectual que la extrae del modo de ser de

las instituciones mismas. Este sentido viene aquí denominado modelo preceptivo, concebida como orden, que en un contexto jurídico político indica, o presupone, una Constitución natural y necesaria que toda estructura política tiene en sí.

El segundo modelo de “constitución” - *descriptivo* – es un sentido de “constitución” que denota una situación social dada, una estructura política del Estado. Significa también orden, ya que designa una cristalización de las relaciones de poder, sociales y políticos, fijando la atención sobre un momentáneo equilibrio de la negociación; pero subraya también la artificialidad del orden, en cuanto la estructura de la sociedad y/o del Estado ha sido creada como un acto de voluntad o de historia. Este sentido ha sido aquí denominado modelo descriptivo de la constitución como orden artificial.

El tercer modelo de “constitución” - *Modelo descriptivo de la Constitución entendida como norma* – es un sentido de “constitución” que denota un conjunto de reglas positivas consideradas, respecto de las otras reglas, superiores o fundamentales. Al igual que el modelo precedente, presenta caracteres descriptivos, pero tal descripción difiere si se asume que los fenómenos sociales descriptivos en el segundo modelo pertenecen al “mundo del ser”, mientras las normas descritas por el tercer modelo pertenecen al “mundo del debe ser”.

El cuarto modelo de “constitución” - *Modelo preceptivo de la Constitución entendida como norma* – es un sentido de la “constitución” que designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, expresas y fundamentales respecto de las otras reglas del conjunto. Tales reglas llegarán a ser constitución debido al particular contenido que expresan y no en razón del sujeto que redactó el documento.

Respecto al punto 5 - *Definición del Constitucionalismo* - La más conocida definición de “constitucionalismo” es aquella que lo identifica como la doctrina de la “limitación del poder”. La limitación del poder se da a través del principio de frenos y contrapesos (checks and balances), de la delimitación de las competencias de los sectores del poder (denominado, separación de poderes), de declaraciones de derechos o más recientemente, del control de la constitucionalidad.

significados o sentidos del término, y ente ello y al final se identificará aquel específico constitucionalismo que se conoce con el nombre de *neoconstitucionalismo*. Estos sentidos son: 1) Constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte, 2) Constitucionalismo de contrapoderes y constitucionalismo de reglas, 3) Constitucionalismo de reglas garantizadas.

Respecto al primera pareja de sentidos - *Constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte* – el constitucionalismo en sentido débil es una concepción que funda sus raíces en el constitucionalismo medieval, siendo sus elementos caracterizadores: el gobierno de las leyes, el equilibrio entre los grupos (poderes, clases, corporaciones, colectividades locales); y que los derechos se conferían no a individuos, sino a organizaciones de clases – corporativas. Conforme a estos elementos caracterizadores se puede comprender en dos tesis: a) es oportuno que las formaciones estatales estén dotadas de una “Constitución”, es decir, de un conjunto de reglas jurídicas que marquen un límite al poder político y b) no es necesario ni oportuno que tales reglas atribuyan o reconozcan expresamente a los individuos determinados derechos y libertades fundamentales. Por el contrario el constitucionalismo fuerte, es un tipo de constitucionalismo que se caracteriza por seguir aquella tesis según la cual no solo es oportuno que exista una Constitución, sino que también es oportuno que la Constitución exprese específicos contenidos o establezca determinados procedimientos: por ejemplo, contemplar la separación de los poderes y/o a garantía de los derecho individuales.

Respecto a la segunda pareja de sentidos - *Constitucionalismo de contrapoderes y constitucionalismo de reglas* - es una distinción propuesta por BERNARD MANIN para dos tipos de liberalismo. El primer tipo - *Constitucionalismo de contrapoderes* – se caracteriza por la tesis según la cual el fin de la limitación del poder se persigue a través de su división. Solo evitando la construcción de poder en único órgano o estructura será posible evitar los riesgos del despotismo. Por el contrario, un segundo tipo de constitucionalismo - *constitucionalismo de reglas* – se caracteriza por proponer que es necesario individualizar una esfera de libertad individual al interior del cual el Estado no debe intervenir. Desde esta perspectiva los derechos y las libertades sancionadas por las disposiciones constitucionales se articulan en una suerte de Derecho

adecuarse.

El “constitucionalismo de contrapoderes puede ser subdividido en el constitucionalismo de la *separación funcional* y el constitucionalismo de *frenos y contrapesos*. El primero subtipo - *separación funcional* – se caracteriza en su forma pura, por las siguientes tesis: i) el gobierno debe ser dividido en ramas que ejercitan la función legislativa, ejecutiva y judicial; ii) cada una de las ramas debe encontrarse limitada al ejercicio de su propia función y no debe permitírsele abordar las funciones de otras ramas; iii) las personas que conforman las ramas deben ser distintas, ninguno puede ser al propio tiempo miembro de más de una de tales ramas. El segundo subtipo - *frenos y contrapesos*- se caracteriza por la tesis según la cual, más que dividir el poder, es necesario “distribuir” las competencias de modo tal que se produzca equilibrio; permitiendo a los diversos órganos oponerse recíprocamente. La distribución de las competencias no es formulada en términos rígidos, sino que pueden presentarse superposiciones.

Respecto al tercer sentido - *Constitucionalismo de reglas garantizadas* – se caracteriza por la tesis según la cual es necesaria la institución de un órgano jurisdiccional al que compete la evaluación de la constitucionalidad de las Leyes. El instrumento de salvaguardia de la Constitución es, entonces, concebido como un órgano jurisdiccional a quien compete el control de la constitucionalidad de las leyes; esta es la opción específica del constitucionalismo de las reglas garantizadas. El órgano a quien compete el control del obrar legítimo de la mayoría presenta características que parcialmente se superponen a aquellas del Poder Legislativo y a aquellas del Poder Judicial. Aunque se encuentre normalmente conformado como un órgano jurisdiccional, funcionalmente éste anula leyes, su actividad se configura como “legislación negativa”. Este sentido puede ser diferenciado en dos tipos: i) constitucionalismo de reglas garantizadas en “sentido débil” y ii) constitucionalismo de reglas garantizadas en “sentido fuerte”. El primero de ellos - *constitucionalismo de reglas garantizadas en “sentido débil”*- considera suficiente la mera existencia de un órgano cuya competencia sea el control constitucional de las leyes. El segundo - *constitucionalismo de reglas garantizadas en “sentido fuerte”* - considera que el órgano de control no debe ser de naturaleza electiva;

sobre la conducta del Parlamento y del Ejecutivo.

Respecto al punto 6 - *Modelos de constitución en torno a la perspectiva neo-constitucionalista y el iuspositivismo jurídico* – se pone atención principalmente sobre el tercer y cuarto modelo. La perspectiva neo-constitucionalista prefiere el cuarto modelo de Constitución, mientras el iuspositivismo (metodológico) privilegia el tercer modelo.

El cuarto modelo de constitución - *modelo preceptivo de la Constitución concebida como norma* - conceptualiza a la Constitución como norma axiológicamente suprema, instituye una relación jerárquica de valor entre Constitución y normas infra-constitucionales. El documento constitucional, en efecto, no presenta solo una distribución formal de las competencias, sino que presenta principios y valores que le caracterizan confiriéndole un valor de por sí homogéneo.

El tercer modelo - *Modelo descriptivo de la Constitución entendida como norma* - es fundamental para mantener la distinción entre discursos descriptivos y normativos, que se considera irrenunciable para quien quiera desarrollar argumentos en perspectiva constitucional. Si el objetivo del constitucionalismo es aquel de indicar instrumentos jurídico-políticos a fin de limitar jurídicamente el poder y tutelar los derechos fundamentales, así como desarrollar tales derechos parece necesario que éste se encuentre en grado de distinguir lo que el derecho “es” y lo que el derecho “debería ser”, separando, por tanto, los discursos en función descriptiva de los discursos en función normativa. Precisamente en este sentido se considera que se pueda rastrear la complementariedad del positivismo metodológico con el constitucionalismo.

Respecto al punto 7 – *Neoconstitucionalismo*– se comprende al concebir al sistema jurídico desde la perspectiva constitucional, a partir de un determinado modelo constitucional. Conforme a la perspectiva constitucional, la Constitución, prevé un fundamental orden de valores que impregnan todo ámbito de la legislación, administración y justicia; a las reglas de “tipo tradicional” se le suman también “valores” de rango constitucional, los cuales ejercitan un efecto de propagación sobre el

constitucional; presenta un contenido que garantiza el sistema jurídico; como pueden ser lo principios de racionalidad y proporcionalidad, que implican no la técnica de la subsunción sino la ponderación de los valores y principios constitucionales. Asimismo desde la perspectiva constitucional se confía a un órgano jurisdiccional la tarea de vigilar y promover la constitucionalización del ordenamiento, como puede ser el caso de la Corte constitucional. Aquí, la Corte Constitucional, aun cuando sea un órgano jurisdiccional, tiene la labor de interpretar la Constitución y su actuación representará un camino de líneas de orientación dentro de las cuales se ha desarrollar la legislación.

Respecto al tema de la *constitucionalización del orden jurídico*, lo trataremos en base al desarrollo, sobre el particular, realizado por JOSEP AGUILÓ REGLA en su libro “*Sobre Derecho y Argumentación*”⁸. El autor refiere que “(...), el constitucionalismo que se ha desarrollado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días en países europeos y latinoamericanos ha producido una transformación fundamental dentro del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que podríamos sintetizar en la fórmula “del Estado Legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” (o “del imperio de la Ley” al “imperio de la constitución”), se sitúa la explicación de la crisis del positivismo jurídico y del auge de la argumentación jurídica”. Aquí el autor desarrolla dos puntos: 1) factores que han permitido la constitucionalización del orden jurídico y 2) Esquemas básicos del paradigma positivista y postpositivista. El desarrollo del primer punto lo realiza a partir de la interpretación de los factores mencionados por RICARDO GUASTINI. Respecto al segundo punto, el autor entiende al paradigma postpositivista, como neoconstitucionalista o partidario de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado Constitucional.

Respecto al primer punto - *factores que han permitido la constitucionalización del orden jurídico* – dichos factores son los siguientes:

1. El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la Legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Cuando mayor sea la rigidez constitucional (la

dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.

2. Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución; de forma que la rigidez desemboca en una jerarquía y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la Ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar “reserva de Constitución”: ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por Ley, sólo por Constitución.
3. Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan independientemente de su estructura y de su contenido como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de “normas programáticas”, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.
4. Se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.
5. Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de Derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares).
6. Se impone el modelo de la interpretación de las Leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la Ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.
7. Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político. Esta influencia se traduce, entre otras cosas, a lo siguiente: a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o las disputas políticos entre órganos de

distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autorestricción hacia las llamadas cuestiones políticas.

Respecto a segundo punto - *Esquemas básicos del paradigma positivista y postpositivista* – establece el siguiente decálogo:

1. *Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas.*

A. *Positivismo*. El modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

B. *Post-positivismo*. Para dar cuenta a la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de una “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios.

2. *Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación.*

Tesis publicada con autorización del autor

No olvidemos que entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones

UNFV

lógicas de deducibilidad. Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas. Los criterios centrales para la resolución de dichos conflictos (antinomias) son los de *lex superior* (prevalece la voluntad de la autoridad superior), *lex posterior* (prevalece la voluntad posterior de la autoridad) y *lex specialis* (prevalece la voluntad más específica de la autoridad).

B. Post- positivismo. Entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de la noción lógica de consistencia normativa (posibilidad de cumplimiento simultáneo); se recurre a la idea de coherencia valorativa. Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da. A diferencia de la consistencia, que es una cuestión de todo o nada, la coherencia es una cuestión de grado. La consecuencia más importante de la toma en consideración de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. En este sentido, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre el ámbito de aplicación descrito por la regla y el ámbito justificado de aplicación de la regla. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.

3. De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos.

A. Positivismo. Los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Decir que alguien tiene un derecho puede traducirse, sin pérdida de significación, a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos.

B. Post- positivismo. En un sentido trivial, puramente regulativo (de guía de la conducta), es cierto que los enunciados jurídicos de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Pero en términos justificativos la correlación entre derechos y

deberes se pierde; y, por tanto, la traducción de los enunciados de derechos a enunciados de deberes transponiendo (invirtiendo) los sujetos sí supone pérdida de significación. En efecto, mientras que tiene pleno sentido afirmar que “alguien tiene un deber porque otro sujeto tiene un derecho”, no parece ocurrir lo mismo con la afirmación de que “alguien tiene un derecho porque otro tiene un deber”. El “reconocimiento” de derechos justifica la “imposición” de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos.

4. Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación

A. Positivismo. Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. La subsunción (el encaje) de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros. Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?); y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre casos y reglas (entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas) son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir es una cuestión centralmente semántica.

B. Post- positivismo. En el Derecho hay reglas y, en consecuencia hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del Derecho. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no

a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental. El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, el balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos. La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero éste no está compuesto sólo por reglas, también hay principios.

5. Del modelo de la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas.

A. Positivismo. “Crear normas” y “aplicar normas” son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es decir, extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea ex novo el Derecho (gobierno per leges) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno sub lege). Si quienes están llamados a aplicar el Derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean la solución.

B. Post- positivismo. No hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se juridifica (es sub constitutione), pues la ley no es creación ex novo, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (en definitiva, con los principios y/o derechos constitucionales). Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico (el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza) se muestra muy claramente en el cambio que supone la situación del canon interpretativo de “Interpretación de la ley conforme a la Constitución.

A. Positivismo. El Derecho es “creado” y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación. Como consecuencia de ello, el Derecho puede tener cualquier contenido. El Derecho, pues, no se identifica por su contenido, sino por su forma. La identificación de las normas jurídicas es una cuestión formal. El origen de las normas (no su contenido) es el que determina su juridicidad. Todo el derecho está basado en fuentes (hechos y actos creadores de normas) y es expresión de una racionalidad de tipo formal en el sentido weberiano de la expresión. La autoridad (quien dicta la norma), el procedimiento (la forma de la acción de dictar la norma) y la consistencia (la compatibilidad lógica) de la nueva norma con las normas superiores constituyen el entramado conceptual con el que se construyen los juicios formales de validez.

B. Post- positivismo. En el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales. Este es el caso tanto de las normas implícitas como el de las normas necesarias. La juridicidad de las normas implícitas depende de su coherencia valorativa con otras normas del sistema que si son válidas formalmente. Pero además, en los sistemas jurídicos hay normas necesarias, hay normas materialmente válidas (por razón de su contenido) y cuya validez no tiene sentido remitirla a una o algunas normas formalmente válidas. Se trata de normas inderogables en el sentido de su eliminación implicaría no el cambio de algunas normas, sino el cambio del sistema jurídico mismo. Piénsese, por ejemplo, en la legítima defensa o el estado de necesidad o el principio de imparcialidad de los jueces: puede cambiar su regulación, pero no es concebible su eliminación (derogación) del sistema jurídico. Vistas como principios, no como reglas, se trata de normas necesarias, inderogables. Y, lo más importante de todo, es posible que hayan normas formalmente válidas (válidas por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente). El Derecho, en este sentido, se ha materializado y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal.

7. De la distinción “casos regulados / casos no regulados” a la distinción “casos fáciles / casos difíciles”

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

UNFV

A. Positivismo. Conforme al modelo de las reglas y a la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre “casos regulados” (resueltos por el sistema de reglas) y “casos no regulados” (no resueltos por el sistema de reglas). Obviamente, la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla. Pero lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es. Si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto. Naturalmente hay técnicas utilizables para colmar las lagunas (las ausencias de regulación), pero todas ellas entran en el ámbito de la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, es decir, del aplicador. Ahora bien, discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como “permitido” elegir cualquiera de las opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción). Ello es así porque entre las normas de un sistema jurídico sólo hay ___según se ha dicho___ relaciones de tipo lógico.

B. Post- positivismo. La distinción relevante no es ya la anterior (regulados / no regulados), sino la que opone los “casos fáciles” a los “casos difíciles”. En el nuevo paradigma no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no solo hay reglas, también hay principios. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (juris-dictio, decir, el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (juris-prudencia, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino

más justificación requiere.

8. De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstitutivo del Derecho mismo.

A. Positismo. La ciencia jurídica es un metalenguaje descriptivo del lenguaje del Derecho, de las normas. La Ciencia del Derecho es, por tanto, discurso descriptivo y sus enunciados tienen valor de verdad. El presupuesto metodológico es que el Derecho es objetivable frente a los sujetos, de forma que éstos pueden observarlo y, en consecuencia, describirlo.

B. Post- positivismo. En el ámbito del discurso jurídico la oposición entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo se debilita en gran medida. La buena “ciencia jurídica” no gira en torno a la pretensión de describir con verdad un sector del sistema jurídico, sino que juega un papel más bien comprensivo y reconstitutivo, práctico y justificativo. El “Científico” del Derecho no es un mero observador de un objeto que está totalmente fuera de él y que, por tanto, es susceptible de ser descrito. Por el contrario, el jurista (tanto el teórico como el práctico) es un participante en una práctica social muy compleja, como es el Derecho, y en este sentido está comprometido con su mejora. El jurista, cualquier jurista (teórico o práctico) no es un mero observador de un objeto acabado que existe fuera de él; es, más bien, un participante en una práctica social que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y a la conformación de la misma.

9. De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica.

A. Positismo. El Derecho se objetiva en normas y en actos (o procedimientos). Esta idea está en la base de la clásica distinción entre estática jurídica (el Derecho es un conjunto de normas, el Derecho objetivo) y dinámica jurídica (estas normas cambian como resultado de actos y/o procedimientos jurídicos). Esta forma de objetivación del Derecho permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan

actos es suficiente para la determinación de sus normas.

B. Post- positivismo. El Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Se parte de la idea de que la existencia, la estructura y los contenidos del Derecho dependen radicalmente de las creencias de aquellos que usan el Derecho (ya sean aceptantes, participantes o menos usuarios). El Derecho no es, pues, algo que está fuera de los sujetos sin más, sino algo que depende muy centralmente de su propia práctica social. No hay, en este sentido, oposición entre la objetividad del Derecho (normas y procedimientos) y su práctica. Ello supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues este ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas), y pasa a ser reconstructivo de una práctica social que, si bien está dotado de sentido, nunca es tan homogénea como para que, mediante observación, sea posible realizar sin más una descripción completa de la misma. Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.

10. De “enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)” a “enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades”.

A. Positivismo. El Derecho se objetiva en las reglas jurídicas; en consecuencia, conocer el Derecho en muy centralmente conocer sus normas, sus reglas. La enseñanza del Derecho, por tanto, debe organizarse de manera tal que se garantice que esa transmisión de conocimiento normativo se ha producido. Estudiar Derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen. Por ello, los estudios de Derecho tradicionalmente han sido memorísticos (cuantas más normas se saben, más Derecho se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, no entran en contacto ni se entrecruzan con otros estudios). Estos planteamientos relativos a la enseñanza del Derecho (a las Facultades de Derecho), se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (excluido el ejercicio libre). Jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc. deben seleccionarse mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del Derecho, es decir, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas.

B. Post-positivismo. El Derecho no son sólo reglas jurídicas. Pero, además, dada la

tendencia al crecimiento exponencial las reglas (cada vez se dictan más) y la tendencia a la volatilidad de las mismas (al cambio y a la existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico. En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es, pues, la acumulación memorística de reglas, sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos. “¿Cómo resolver un problema jurídico?” debe ser el norte hacia el que debe tender la enseñanza del Derecho; es decir, el norte está en una enseñanza mucho más metodológica que memorística. Y, por lo que se refiere a las profesiones jurídicas hay que acabar con la “invisibilidad” y la “intercambiabilidad” a la que el peso imponente del imperio de la ley ha sometido a los profesionales del Derecho un buen juez, un buen fiscal o un buen notario no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del Derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas.

2. EL PRECEDENTE

2.1. El precedente en el Common Law.

Domingo García Belaunde, en un contexto histórico de la figura en cuestión, explica que ha sido fundamental en el derecho anglosajón - no solo contribuyó a formar lo que luego se llamó el common law, sino que ha sido perfeccionado y ha tenido una evolución interesante y por cierto decisiva en la vida jurídica de estos pueblos; luego difundido a los Estados Unidos de Norte América y adoptado por los llamados sistemas romanistas y romano – civilistas⁹. Explica el autor que esta institución del common law ha sido adoptado o seguido, por así decirlo, en familias jurídicas que no tienen nada que ver con el common law, esto es, los llamados sistemas romanistas o romano-civilistas; esto con el sano propósito de crear criterios interpretativos que sirvan para resolver casos futuros y que se llevan a cabo con cierto dinamismo pero sin descuidar la

seguridad jurídica. Esto se observa en diversas áreas de la jurisdicción ordinaria (sobre todo en materia penal y civil) y también en sede administrativa (tribunales registrales, etc.)”¹⁰

Por su parte, el jurista brasileño Luiz Guilherme Marinoni, precisa que la doctrina del precedente, o *Satere decisis* no debe confundirse con el Common law. Precisa que el Common law nació siglos antes y este funcionó muy bien como sistema de derecho sin los fundamentos y conceptos propios de la teoría de los precedentes. Sin embargo precisa que no hay como negar la importancia que el *stare decisis* tuvo para el desarrollo del Comon law en su faceta moderna, tampoco olvidar que los precedentes – al lado de la ley y de las costumbres – constituyen fuente de derecho en este sistema¹¹.

Respecto a su aspecto teórico, Néstor Pedro Sagüés, al tratar el tema "*El valor de precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina*," explica en que consiste el Sistema del precedente en el Commonw Law, al cual lo llama *El sistema del stare decisis et non quita movere*¹². Primero puntualiza que este sistema puede traducirse como "respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos"; parte del supuesto de que una sentencia cumple dos papeles: i) resolver una litis concreta y ii) repercutir en los casos futuros que atiendan problemas análogos. Siguiendo con su desarrollo, explica tres puntos adicionales en torno al tema en cuestión: 1) Fundamentos, 2) Variables y 3) Vías de evasión.

Respecto al primer punto - *Fundamentos* – en donde precisa las razones del porque o la finalidad del precedente. En efecto precisa cuatro razones: i) igualdad, en el sentido que los justiciables tendrán igual trato por los tribunales; ii) previsibilidad, en el sentido que el justiciable sabrá a qué atenerse en el futuro; iii) economía, en el sentido que al aplicarse los criterios ya sentados en los casos previos, se ganará tiempo y energía en resolver la causa y iv) respeto, en cuanto a los aciertos y sabiduría de los jueces anteriores.

Respecto al segundo punto – *Variables* – en donde explica que no todo el contenido de

¹⁰ Ibidem.

¹¹ LUIZ GUILHERME MARINONI, "*Precedentes obligatorios*", p.31 y 33.

¹² NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS (2007). "*El valor de precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina*", p.138 -140.

la sentencia tiene el mismo vigor, ni todas las sentencias valen lo mismo. Así con respecto a las sentencias, describe dos tipos de sentencia: i) sentencia que constituye jurisprudencia persuasiva y ii) sentencia que constituye jurisprudencia imperativa; la primera no necesariamente vinculante, proviene de tribunales de otras jurisdicciones o de un nivel igual al que debe decidir un proceso y que pueden tener divergencias; la segunda, que sí es vinculante, es la que emana de un Tribunal Superior al que conoce el caso. Respecto al contenido de las sentencias, circunscritas a las del segundo tipo - jurisprudencia imperativa – advierte la diferencia en dos contenidos: i) holding o ratio decidendi y ii) obiter dictum; el primer contenido es el sustento necesario o indispensable, para los efectos de que el tribunal dirima el litigio y constituye jurisprudencia vinculante; el segundo contenido es lo no indispensable y no es jurisprudencia imperativa aunque puede se le puede tener especial respeto, en función a la calidad del Juez que lo expuso. Finalmente hace una diferencia en torno al stare decisis: i) Vertical y ii) horizontal; la primera sentada por un tribunal superior y que es vinculante sobre sus inferiores y la segunda es la que vinculación de los precedentes al propio tribunal emisor.

Respecto al tercer punto – *Vías de evasión* – explica la posibilidad de que un tribunal se pueda desvincular del Stare decisis. Al respecto señala que en el escenario norteamericano, el rechazo frontal al stare decisis en la actualidad es impensable; no obstante que históricamente ha tenido sus cuestionamientos. Con esto nos quiere decir que hay un respeto por los precedentes, aunque considera que en determinadas ocasiones es factible ampliar o restringir el radio de cobertura de un precedente; en supuestos tales como: i) cuando los hechos del caso dos son distintos al del caso uno, ii) cuando la doctrina del caso uno es arcaica, en virtud de contexto de la vida o por que daría una solución injusta al caso dos. Advierte además que puede haber otra forma de evadir el precedente, cuando el tribunal dos achica el Holding del caso uno y amplia en cambio el Dictum.

Respecto a la definición del precedente vinculante en el marco del Common Law, Chamberlain, citado por Roger Rodríguez Santander, refiere lo siguiente: “Una decisión de un Tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de

igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real”¹³.

En este marco teórico y definitorio es posible identificar dos elementos esenciales: 1) *El precedente es emitido por un órgano jurisdiccional a través de sus resoluciones judiciales* 2) *El precedente constituye una fuente vinculante del derecho*. Estos elementos esenciales son relevantes en la variable "Precedente" en la medida, que como se verá mas adelante, tambien estan presentes en el precedente de nuestro diseño jurídico que es tributario del Civil Law. A partir de estos elementos esenciales, se desprenden otros elementos configurativos, cuya identificación dependerá del diseño jurídico en particular que se dote al Precedente. Así, por ejemplo el primer elemento identificado - *El precedente es emitido por un órgano jurisdiccional a través de sus resoluciones judiciales*- si bien, nos enmarca en la labor jurisdiccional y no admite excepción; es de tener en cuenta de un lado que en el ámbito de la labor jurisdiccional hay jerarquías, hecho que importará analizar sobre todo para determinar que órganos jurisdiccionales tienen la legitimidad para emitir precedentes; de otro lado hay que tener en cuenta que todos los órganos jurisdiccionales emiten resoluciones judiciales, por lo que será menester determinar qué tipo de resoluciones judiciales contiene precedentes. El segundo elemento - *El precedente constituye una fuente vinculante del derecho*— si bien no hay discusión respecto al hecho que el precedente constituye una fuente del Derecho; sin embargo, es de precisar por ejemplo el grado de vinculación o el tipo de fuentes dentro la diversidad de fuentes, entre estas, las normativas, las jurisprudenciales, las costumbre, etc. Estas cuestiones constituirán particularidades del Precedente, en función de un determinado diseño jurídico.

2.2. Diseño legislativo del precedente en el Perú.

A partir de la teoría del precedente del Common Law, se advierte dos elementos esenciales: 1) *El precedente es emitido por un órgano jurisdiccional a través de sus resoluciones judiciales* 2) *El precedente constituye una fuente vinculante del derecho*.

Siendo estos los elementos esenciales, estaremos frente a un precedente si y solo si, están presentes tales elementos esenciales. Estos elementos esenciales como se verá aquí, están presentes también en los diseños tributarios del Civil Law, por ende el diseño legislativo peruano, sin embargo, veremos que hay elementos particulares, debido fundamentalmente a que en el diseño ha influido elementos propios del Civil Law. En este marco y a partir del diseño legislativo peruano, el desarrollo en este apartado se centrará en dos cuestiones. La primera en determinar o identificar a los órganos jurisdiccionales que emiten un precedente y el tipo de resoluciones que contiene o debe contener un precedente. La segunda cuestión se centrará en determinar la extensión y el grado de vinculación del precedente.

Respecto a la primera cuestión - *Órganos jurisdiccionales que emiten un precedente y el tipo de resoluciones que lo contiene*- antes de pasar al desarrollo a partir de diseño legislativo peruano, es menester advertir que en el common Law (derecho anglosajón) el precedente, al menos en sus inicios, ha sido producto del valor que se les daba a la labor de los jueces en los casos que han sido objeto de su conocimiento y resolución¹⁴. En los Estados Unidos, particularmente, el precedente vinculante es producto de las sentencias de muchos tribunales, y de modo especial, los fallos de la Corte Suprema de justicia federal¹⁵. En Latinoamérica, el precedente vinculante, por regla general, es producto de la labor de un Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo; sin embargo también puede ser producto de la jurisdicción ordinaria; como en el caso colombiano, en donde el precedente vinculante no solo es producto de la sentencia de la Corte Constitucional, sino también de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia o el Consejo del Estado; con la precisión de que mientras una sola sentencia de la Corte Constitucional tiene el carácter de precedente, en la jurisprudencia ordinaria sólo habrá precedente cuando se construya una línea jurisprudencial de por lo menos tres

¹⁴DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, explica que los jueces de designación real, al reunirse periódicamente, adoptaron la costumbre de ver y analizar cómo se había fallado en casos similares y optaron por la fórmula de estarse a lo decidido en un caso igual o parecido (*stare decisis et non quieta movere*). De manera tal que esta conjunción de situaciones fueron acumulándose y formando un cuerpo de doctrina, cuya obligatoriedad se impuso lentamente. (Domingo García Belaunde. "El Precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional)" En: <http://webcache.googleusercontent.com/search>)

¹⁵NESTOR PEDRO SAGÜES, señala que "En los Estados Unidos, la doctrina del precedente, o del *stare decisis*, propia del common law, concluyo dando efectos vinculantes a las sentencias de muchos tribunales y de modo especial, a los fallos de la Corte Suprema de justicia federal (...). (Néstor Pedro Sagües. "El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina", p.130).

sentencias de la Corte Suprema de Justicia o el Consejo del Estado sobre un mismo punto del derecho¹⁶. En el caso nuestro (Perú), el órgano emisor del precedente es un Tribunal de máxima instancia o un Tribunal de cierre, como lo es el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, según sea el caso, que más adelante se explicará.

Cabe destacar, de todo esto que la figura del precedente está asociada primordialmente a labor de máximos Tribunales de Justicia o a la jurisdicción última o de cierre. Este hecho tiene relevancia en el análisis de la cuestión. Dependiendo de las características propias del precedente en cada país o estado de Derecho, los discursos pueden ser: 1) el precedente es emitido generalmente por la máxima jurisdicción de un país; 2) el precedente es emitido sólo por la máxima jurisdicción de un país. En el Primer discurso, se admite que los jurisdiccional de menor jerarquía, pueden emitir precedentes; sin embargo no tiene la misma fuerza de vinculación que la emitida por la máxima instancia jurisdiccional. En el segundo discurso, no se admite que un órgano jurisdiccional de menor jerarquía que las de cierre, pueda emitir precedentes. El caso nuestro está inmerso en el segundo discurso.

Dicho esto, veamos el tema a partir del diseño y desarrollo del derecho peruano. En efecto, es de referir como cuestión preliminar, que para el caso peruano por precedente se hace alusión a las decisiones de los órganos jurisdiccionales de máxima instancia, que serán de observancia obligatoria en la labor jurisdiccional. Estas decisiones están contenidas en sus resoluciones judiciales, con la precisión que en adelante se realizará, en torno a: 1) ¿Cuál es el órgano emisor de precedentes y 2) ¿Qué tipos de resoluciones contienen al Precedente?

En la Constitución no se ha diseñado el tema, en tanto si a nivel legislativo. Conforme al diseño legislativo como se ha ver en adelante, no resulta difícil determinar, de manera general, que los órganos encargados de emitir un Precedente, son el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Poder Judicial; sin embargo no corre la misma suerte a la hora de determinar, que tipos de resoluciones contienen Precedentes.

Empecemos con el caso del Tribunal Constitucional. Conforme al artículo VI y VII del

Título Preliminar Código procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004), es el Tribunal Constitucional el órgano Jurisdiccional encargado de emitir Precedente y pareciera que todas sus resoluciones contienen precedentes. En efecto, cabe analizar los artículos en mención.

En el tercer párrafo del artículo VI del mencionado código se señala lo siguiente:

Los 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."

Por su parte el contenido prescriptivo del artículo VII es el 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".

Es de precisar que en ambos artículos están presentes los contenidos esenciales - 1) *El precedente es emitido por un órgano jurisdiccional a través de sus resoluciones judiciales* 2) *El precedente constituye una fuente vinculante del derecho* – de allí que en ambos casos estamos frente un precedente, sin perjuicio de las diferencias que más adelante se verá. En efecto, conforme a este marco, no hay duda que es el Tribunal Constitucional el emisor del precedente; el problema resulta determinar cuáles son las resoluciones del Tribunal, que contienen al Precedente. En el artículo VI, se hace alusión a las "*Resoluciones que contienen interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales*," en el artículo VII, se hace alusión a las *Sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada y en la que expresamente se ha señalado que constituyen precedente vinculante, precisando el extremo de su efecto normativo.*" Para la precisión del caso, importa atender además del Código Procesal Constitucional, otras normas que la precisen. Así en el caso peruano, tenemos la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su reglamento, en los cuales para la toma de decisión jurisdiccional se

Así, conforme al primer párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LEY N° 28301, 2004) *"El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes."* Conformen al cuarto párrafo del mismo artículo *"Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes."* Estos contenidos, se replican en el artículo 10 y 11 del Reglamento del Tribunal Constitucional.

En este marco, cabe la pregunta ¿Todas las resoluciones del Tribunal constitucional, esto es las emitidas por el pleno y las salas, pueden contener precedente?, la respuesta a partir del diseño normativo, lo podemos encontrar en el artículo 13 del reglamento del Tribunal Constitucional conforme al cual: *Los procesos (...) todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente, deben ser vistos por el Pleno, a petición de cualquiera de sus miembros (...).*" Conforme a este contenido normativo, la respuesta a la pregunta es negativa, porque no todas las resoluciones del Tribunal Constitucional, pueden contener precedente, sino sólo las emitidas por el Pleno del Tribunal Constitucional y por mayoría simple de los votos emitidos.

De esto, es de precisar que las interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales serán precedentes si se encuentran contenidas en resoluciones emitidos en pleno y por mayoría simple; del mismo modo, las resoluciones que adquieren autoridad de cosa juzgada y en la que expresamente se ha señalado que constituyen precedente vinculante, precisando el extremo de su efecto normativo, también deben ser emitidas en pleno y por mayoría simple de los votos emitidos. Siendo que se requiere mayoría simple, en atención a que el quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros, la mayoría simple sería de tres de sus votos y no de cuatro, que sería la mayoría absoluta (la mitad más uno) en atención a que sus miembros en total son de siete, conforme al artículo 201 de la Constitución.

En el caso de la Corte Suprema del Poder Judicial, la institución del precedente, está recogida en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S N° 017-93-JUS, 1993). En el primer párrafo del artículo en cuestión se ha dispuesto lo siguiente:

“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Conforme a este marco normativo, los legitimados para emitir precedentes son las *Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia* y las resoluciones que contienen al precedente son las *Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales*.

Respecto a las *Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia*, conforme al primer párrafo del artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS (02 de junio del 1993) - ANEXO - DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS (20 de julio de 93): *"El trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias de cinco Vocales cada una, presidida por los que designe el Presidente de la Corte Suprema en materia Civil, Penal y de Derecho Constitucional y Social."*

Respecto a los precedentes en materia civil en el primer párrafo del artículo 400 del Código Procesal se ha dispuesto lo siguiente: *“La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.”* En el segundo párrafo del mismo artículo se dispone: *“La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial (...).”*

Respecto a los precedentes en materia penal en el inciso 3) del artículo 433 del Código Procesal Penal, se dispone lo siguiente: *"En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante (...). Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el*

recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

UNFV

de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta."

Aquí, podemos advertir la alusión a un pleno - *pleno de los magistrados supremos civiles y Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema* – el cual es menester dar una explicación. En efecto, conforme a este marco normativo, entendemos que de existir *Salas Especializadas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema* en una determinada materia, el pleno lo constituiría todos los vocales de ambas salas o de existir una sola sala especializada en una determinada materia, el pleno lo constituyen todos los vocales de la referida sala. En este entendido el precedente se emite por decisión en un pleno y por mayoría absoluta.

De esto tenemos que no es posible determinar en términos absolutos que todas las ejecutorias de las salas especializadas de la Corte Suprema, contienen precedentes; pues en caso de que existan más de una sala especializada en una determinada materia – civil por ejemplo – para emitir precedente se necesita el pleno conformado por todas las salas supremas de dicha especialidad (si fuera el caso de existir una sola sala suprema de una determinada especialidad, el pleno lo constituyen todos los jueces de la referida sala) y es en el seno del pleno, donde se emiten un precedente. De este modo, los principios fijados en una ejecutoria que no sea decidida en un pleno, no constituye precedente.

En este marco, podemos determinar que las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia emiten precedente a través sus ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, desarrollados en pleno y por mayoría absoluta de los asistentes al mismo. La mayoría absoluta, implica la mitad más uno del total de los miembros de los vocales de una determinada especialidad de la Corte Suprema. A manera de ejemplo si son dos Salas de una misma especialidad y siendo que son cinco los integrantes por cada sala, el total del pleno será de diez y la mayoría absoluta siempre será de seis. Si fuera una sola Sala, la mayoría absoluta será de tres.

Precisamos entonces que en el diseño legislativo peruano, los órganos jurisdiccionales que emiten un precedente son el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Las resoluciones del Tribunal Constitucional, que contienen precedente son: 1) las resoluciones que contienen interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales y 2) las sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada y en la que expresamente se ha señalado que constituyen precedente vinculante, precisando el

extremo de su efecto normativo; en ambos casos emitidas en pleno y por mayoría simple de los votos emitidos. Las resoluciones del Poder Judicial, que contiene precedente son las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, desarrollados en pleno y por mayoría absoluta de los asistentes al mismo.

Respecto a la segunda cuestión – *Extensión y grado de vinculación del precedente* - importa precisar dos cuestiones: 1) ¿A quiénes vincula? y 2) ¿en qué grado los vincula?. Tales cuestiones, a mi juicio no se resuelven a partir de la doctrina, pues su desarrollo depende de los diseños legislativos que utilicen como fuentes. De este modo las respuestas que se den a las cuestiones planteadas en torno a la vinculación del precedente, dependerá del diseño legislativo que se la haya dotado al precedente. Así, conforme nuestro diseño legislativo la vinculatoriedad del precedente, no es uniforme; pues el precedente del Tribunal Constitucional, tiene mayor vinculatoriedad en extensión y en grado, en comparación al precedente del Poder Judicial (Salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial), tal como se verá a continuación.

Respecto al precedente interpretativo del Tribunal Constitucional – *interpretación de los preceptos y principios constitucionales* – el artículo VI del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237,2004), señala lo siguiente: *"Los 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."*

Respecto al precedente normativo del Tribunal Constitucional – *creación de una regla jurídica* - el artículo VII del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237,2004), señala 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"*.

y principios constitucionales y normativo: creación de una regla jurídica) del Tribunal Constitucional, es vinculante para el propio Tribunal y para todos los jueces. 2) Sólo el Tribunal constitucional puede apartarse de su precedente, para tal efecto deberá “expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta”.

Respecto al precedente del Poder Judicial - principios jurisprudenciales- el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone lo siguiente:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano," en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Conforme a este dispositivo legal, las normas o exigencias normativas que se desprenden son las siguientes: 1) El precedente de las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República es vinculante para la propia sala emisora y para todas instancias judiciales; 2) La Sala emisora del precedente y todas los demás instancias judiciales en sus distintas especialidades, pueden apartarse del precedente.

Para tal caso la Sala emisora deberá motivar debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El

Peruano", en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan. Para el caso de las demás instancias judiciales, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Dicho esto, toca precisar las dos cuestiones identificadas al inicio: 1) ¿A quiénes vincula? y 2) ¿En qué grado los vincula?. Empecemos por el precedente del Tribunal Constitucional. Respecto a la primera cuestión - *A quienes vincula* - la vinculación es para el Tribunal Constitucional (órgano emisor del precedente) y para todos los jueces, en este sentido es vinculante para todos los jueces de todas las instancias, sin excepción alguna. Respecto a la segunda cuestión - *En qué grado los vincula* - si hay una distinción importante, al Tribunal constitucional que es el órgano jurisdiccional, el grado de vinculación no es absoluto, pues puede apartarse del precedente, no siendo posible tal situación para los demás órganos jurisdiccionales.

En torno al precedente del Poder Judicial, la situación es un tanto diferente. Respecto a la primera cuestión - *A quienes vincula* - la vinculación es para las Salas Especializadas de la Corte Suprema (órganos emisores del precedente) y para todas las instancias judiciales, diseñado así, podemos advertir que la extensión en la vinculatoriedad, no le alcanza al Tribunal Constitucional, pues al decir instancias judiciales se refiere a las del Poder Judicial. Respecto a la segunda cuestión - *En qué grado los vincula* - el tema es homogéneo, pues tanto el órgano emisor como los demás de nivel inferior pueden apartarse del precedente.

2.3. El desarrollo teórico del precedente por el Tribunal Constitucional.

En el desarrollo que se ha venido realizando hasta ahora, se ha visto que conforme a nuestro diseño legislativo, existe: 1) El precedente del Tribunal Constitucional y 2) El precedente del Poder Judicial. Respecto al primero - *precedente del Tribunal Constitucional* - existe a su vez dos tipos de precedentes: i) precedente interpretativo y ii) precedente normativo. El Tribunal Constitucional ha desarrollado teóricamente, el precedente normativo del Tribunal Constitucional, esto es el precedente diseñado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237,

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

2004), con el nombre *ius de Precedente vinculante*." En la doctrina se le hace

UNFV

referencia como *Precedente constitucional*¹⁷.

En efecto respecto al *Precedente normativo del Tribunal Constitucional*, ha sido desarrollado en la sentencia N° 0024-2003-AI/TC y está referido al precedente regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004), con el nomen iuris de "Precedente vinculante". Los contenidos desarrollados, en esta sentencia son los siguientes: 1) Noción, 2) Competencia, 3) Naturaleza, 4) Uso, 5) Cambio, 6) Presupuestos, 7) Aplicación 8) Eficacia y 9) efectos del precedente vinculante. Con esta sentencia, lo que se hace es configurar el contenido y alcances de la institución del precedente vinculante constitucional en nuestro país.

Respecto al primer contenido – *Noción del precedente vinculante* – conforme a la STC N° 0024-2003-AI/TC el precedente vinculante es: "(...) *regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. Tiene por su condición de tal efecto similar a una ley*". En base a esta noción precisa lo siguiente: 1) 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 y 2) En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

Respecto al segundo contenido – *Competencia para emitir un precedente vinculante* - en la STC N° 0024-2003-AI/TC, el Tribunal expresa que se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004), el cual preceptúa que "(...) *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*". De esto se tiene que la competencia es exclusiva del Tribunal

constitucional.

Respecto a tercer contenido - *Naturaleza del precedente vinculante* – conforme a la STC N° 0024-2003-AI/TC, para el Tribunal Constitucional tiene una connotación binaria: 1) Herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia y 2) Poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Respecto al cuarto contenido - *Uso del precedente vinculante* - referido a la necesidad de usar el precedente, para resolver el caso en concreto por parte del Tribunal constitucional. En efecto, conforme a la STC N° 0024-2003-AI/TC, el uso se sustenta en dos condiciones: 1) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante y 2) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada. Respecto a la primera condición - *Existencia de relación entre el caso y el precedente vinculante* - conforme a la STC N° 0024-2003-AI/TC, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado; pues el Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo. Respecto a la segunda condición - *Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada* - conforme a la STC N° 0024-2003-AI/TC, la decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso. Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda. La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

Respecto al quinto contenido - *Cambio o apartamiento del precedente vinculante* - El Tribunal precisa las exigencias para un cambio o apartamiento del precedente, lo cual en realidad son auto exigencias, pues sólo el Tribunal es el competente para cambiar o apartarse del precedente. En efecto, en la STC N° 0024-2003-AI/TC, el Tribunal precisa tres exigencias: 1) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan

invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión y 3) Determinación de sus efectos en el tiempo¹⁸.

Respecto al sexto contenido - *Presupuestos para el establecimiento del precedente vinculante* – el Tribunal precisa en que momento o situación se debe establecer un precedente vinculante. Para tal efecto, en la STC N° 0024-2003-AI/TC, el Tribunal establece los siguientes presupuestos: 1) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios; 2) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; 3) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo; 4) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas y 5) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Respecto al séptimo contenido – *Aplicación del precedente vinculante* – el Tribunal precisa las situaciones en que el precedente deberá ser aplicado. En efecto, en la STC N° 0024-2003-AI/TC, el tribunal establece dos situaciones: 1) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente; y 2) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

Respecto al octavo contenido - *Eficacia del precedente vinculante* - El Tribunal explica la manera en que se puede garantizar su eficacia. Para tal efecto, en la STC N° 0024-2003-AI/TC, el Tribunal ha sostenido: "*el Tribunal Constitucional puede disponer*

¹⁸. Respecto a esta exigencia el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente: 1) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión; 2) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (vacatio sententiae), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos." En virtud de ello se precisa lo siguiente: i) La decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional; ii) La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante, iii) Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

Respecto al noveno y último contenido - *Efectos del precedente vinculante* – está referida a la explicación respecto al cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional. En efecto, en la STC N° 0024-2003-AI/TC, el Tribunal ha establecido que pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan. En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos. Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis. Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan “atados”, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante. En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida. La aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio sententiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello

alcance¹⁹.

2.4. Contenido del precedente.

Por “Precedente”, se hacía alusión a *criterios interpretativos* del jurisdiccional, *normas creadas* a nivel jurisdiccional, incluso *decisiones* de un tribunal. ¿Cuál es el contenido del precedente?, es la interrogante que en este apartado se pretende responder o abordar.

Si atendemos a nuestro diseño legislativo, en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004) se hace alusión a las "(...) *interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales*," en el artículo VII, del mismo cuerpo de leyes, se hace alusión a "(...) *extremo de su efecto normativo*". De otro lado, en el primer párrafo del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S.N°017 -93-JUS, 1993), se hace alusión a: "(...) *principios jurisprudenciales* (...)."

De este marco normativo tenemos como contenidos del precedente a: 1) *interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales*, 2) *extremo de su efecto normativo* y 3) *principios jurisprudenciales*. De estos contenidos, el contenido 1) no presenta mayor problema en su configuración, no así resulta para el caso del contenido 2) y 3).

¹⁹. Sobre este el Tribunal advierte que: "(...) no debe olvidarse que todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante. Los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (prospective overruling). En lo que se refiere a los efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente: Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances ex nunc. Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances ex tunc. Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto supra, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad. En consecuencia puede tener efectos ex tunc. Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103° y 74° de la Constitución. En ese contexto, éstas pueden tener efectos ex tunc".

Respecto al contenido 1) - *interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales*, - el Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias, ha ido desarrollando un modo interpretativo de las reglas contenidas en la Constitución, del mismo modo ha ido dando contenido a los principios constitucionales.

Ejemplo particular de las interpretaciones de los preceptos constitucionales es el caso en torno a una de las atribuciones del Tribunal Constitucional contenida en el artículo 202.2 de la Constitución (30-12-1993). Conforme al contenido de la regla Constitucional, corresponde al Tribunal Constitucional: *"Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento"*(art. 202.2 Const.). Conforme a esta regla, se puede interpretar que las resoluciones estimatorias, en cuestión, no puede ser conocidas por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, bajo una forma interpretativa, contenida en la STC 02748 -2010-HC/TC²⁰ y la STC 01711 -2014 -HC/TC, entiende que si es posible conocer en forma excepcional, la sentencia estimatoria emitida en un proceso constitucional destinado a la revisión judicial de procesos penales sobre lavado de activos y otros²¹.

Ejemplo particular, respecto a la interpretación de los principios es el caso del principio de dignidad. En la constitución la palabra "dignidad" forma parte del contenido normativo del artículo 1 de la Constitución (30-12-1993): *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."* En este contenido, no se precisa el significado de la dignidad humana, por lo que correspondía configurar un sentido en el que debe entenderse. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución – Tribunal Constitucional (TC) – a través de su

²⁰. En la STC 02748-2010 -HC/TC el Tribunal Constitucional interpreta que los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos constituyen delitos pluriofensivos, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado. Es por ello que la obligación constitucional del Estado no sólo es criminalizar con penas severas sino también procurar el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, que demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario significaría incurrir en una infracción constitucional. En este sentido en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada independientemente del plazo, para la interponer un recurso de agravio constitucional especial, el mismo que deberá ser concedido por las instancias judiciales. (Léase en literalidad en el fundamento 15 de la STC 02748-2010 -HC/TC)

²¹. En la STC 1711 -2014 -PHC/TC, el Tribunal Constitucional añadió un delito más, como excepción a la regla del recurso de agravio constitucional, siendo éste el terrorismo, pues el Tribunal entiende que también es una obligación constitucional la lucha frontal contra el terrorismo, del mismo modo una obligación internacional en virtud de tratados como la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo (Léase en literalidad en el fundamento 16 de la STC 1711-2014 -PHC/TC)

jurisprudencia²², ha conceptualizado a la “Dignidad humana” como principio y como derecho²³; además ha precisado la relación con cada concepto constitucional que ha sido menester desarrollar en su labor jurisdiccional. Así, a modo de ejemplo ha precisado, la relación con la interpretación constitucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, derecho a la identidad, derecho fundamental a la pensión, derechos fundamentales, derechos fundamentales de configuración legal, derechos fundamentales prestacionales, derechos no enumerados, libertades económicas, mínimo vital y pena privativa de la libertad²⁴.

Respecto al contenido 2) - *extremo de su efecto normativo* – contenido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional (Ley N°28237 -2004), ha sido objeto de desarrollo por el Tribunal Constitucional, del modo que se explicará en las líneas siguientes. En efecto, el Tribunal Constitucional en la STC N.º 0024-2003-AI/TC, ha señalado que *“el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”*. Asimismo señala que *“El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se*

²²Véase: Jurisprudencia sistematizada del Tribunal Constitucional En: http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_sis_03.php

²³Entendido como principio el TC sostiene que (...) actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales (...); entendido como derecho, sostiene que (...) se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana (Véase el fundamento 10 de la STC N.º 02273-2005-PHC/TC. Caso: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas).

²⁴. Si revisamos, todas estas relaciones; en realidad es una relación entre dignidad humana y el contenido del discurso de los derechos fundamentales. Así respecto a esta relación el TC entiende lo siguiente: 1) la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales son concreciones positivas del principio – derecho de dignidad humana; 2) los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución son manifestaciones del principio – derecho de dignidad humana; 3) en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales el principio de la dignidad humana resulta medular; 4) se protege el derecho fundamental a la identidad en tanto responde a la dignidad humana; 5) el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana; 6) los criterios de interpretación para determinar el contenido legal que forma parte del contenido directamente protegido por un derecho fundamental deben encontrarse inspirados, en última instancia, en la dignidad humana; 7) los derechos fundamentales prestacionales, que reclaman la intervención del Estado, aseguran una vida acorde con la dignidad humana; en la medida que tal intervención sea concreta, dinámica y eficiente. Al respecto, en el mismo orden, véase lo siguiente: 1) El fundamento 2 de la STC N.º 1417-2005-PA/TC. Caso: Manuel Anicama Hernández, 2) el fundamento 40 de la STC N.º 0030-2005-PI/TC. Caso: Barrera Electoral), 3) el fundamento 21 de la STC N.º 1417-2005-PA/TC. Caso: Manuel Anicama Hernández, 4) El fundamento 5 – 7 de la STC N.º N.º 02273-2005-PHC/TC, 5) El fundamento 38, 43, 46, 49 y 107 de la STC N.ºs 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC. Caso: Reforma constitucional respecto al DL 20530, 6) El fundamento 27.b de la STC N.º 1417-2005-PA/TC. Caso: Manuel Anicama Hernández, y 7) El fundamento 13-19 de la STC N.º 1417-2005-PA/TC.

convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos". Similar idea, se plantea en el fundamento 43 in fine de la sentencia emitida con ocasión de la STC N.º 3741-2004-AA/TC, al señalarse que *"el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto"*.

Como se puede ver el contenido "2)" del precedente, hace alusión a una *"Regla o norma jurídica"*, que se establece como "regla general" y que tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Con este se tiene claro que el contenido "2)" del precedente se refiere a la creación de una norma jurídica; esto se puede confirmar con los precedentes emitidos, donde se observa un gran número de reglas creadas por el Tribunal Constitucional.

Ejemplo de reglas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional, es el caso contenido en STC N.º 1417 -2005 -PA/TC (Caso Anicama Hernández – procedencia del amparo en los casos del derecho a la pensión)²⁵. En esta sentencia, El Tribunal, frente a la

²⁵. La presente sentencia constituye carácter vinculante en virtud de los fundamentos 37 y 54 a 58. En el presente caso El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada. El Tribunal, al advertir la vulneración del derecho alegado declara fundada la demanda. Esta sentencia que constituye precedente vinculante, es de vital importancia, primero porque precisa cuando el derecho a la pensión es objeto de tutela en un proceso constitucional, y cuando no, esto es que es objeto de tutela en un proceso ordinario; segundo, porque reordena las causas que hasta ese momento se estaban ventilando, ordenando a los órganos jurisdiccionales que se avoque al conocimiento de las causas, cuando estas corresponden ventilarse en el cauce procesal que ellos son competentes para tutelar. De los fundamentos que constituyen precedente vinculante, el fundamento 37 de la sentencia, es el más relevante. En este fundamento, el Tribunal precisa las pretensiones, que serán objeto de tutela procesal constitucional (amparo), respecto al derecho a la pensión. Para tal efecto, en primer lugar, delimita el contenido esencial del derecho a la pensión; siendo este y solo éste objeto de tutela procesal constitucional; así establece como contenido esencial del derecho a la pensión: a) acceso al sistema de seguridad social, b) acceso a la pensión, c) mínimo vital y estado de urgencia, d) acceso a la pensión de sobrevivencia, e) derecho a la igualdad. En segundo lugar establece la forma en que este contenido esencial se puede vulnerar; así para el caso del acceso al sistema de seguridad social (a), acceso a la pensión (b), y acceso a la pensión de sobrevivencia (d), se vulnera cuando el justiciable, a pesar de cumplir con los requisitos legales, se les deniega el acceso; para el caso del mínimo vital y estado de urgencia (c) se vulnera cuando se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital que asciende a S/. 415,00 nuevos soles, es decir cuando debiendo percibir igual o superior a dicho monto se le haya otorgado un monto inferior, o cuando percibiendo un monto igual o superior, y el justiciable crea que le corresponda un monto superior a lo percibido, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud); y para el caso del derecho a la igualdad (e), se vulnera cuando existe un distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga. En tercer lugar, en el inciso "f" establece la condición mínima para el acceso al proceso constitucional (amparo), siendo que la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Por otro lado, en el inciso g) el Tribunal Constitucional, ha precisado también que contenido no es esencial y por tanto tutelable en un proceso ordinario y no el

recurrencia indiscriminada del amparo para la tutela del derecho a la pensión y frente a la evidentes contradicciones en la labor jurisdiccional como consecuencia de un vacío de reglas que delimiten tal procedencia de las pretensiones sobre el derecho a la pensión, crea reglas delimitando los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones que merecen protección a través del amparo. En efecto en el fundamento 37 de la sentencia (STC N°1417-2005-PA/TC) el Tribunal Establece lo siguiente: “(...) *este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:*

- a) (...) serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.*
- b) (...) será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.*
- c) (...) será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital. (...) asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N° 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449), el Tribunal Constitucional considera que (...) a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su*

amparo que es un proceso constitucional. En efecto precisa que son contenidos no esenciales del derecho a la pensión: i) reajuste pensionario, ii) tope máximo, iii) pretensiones que no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, iii) Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria. El aporte de este precedente, es fundamental para el acceso a la justicia constitucional, es decir para la tutela constitucional de los derechos fundamentales. Da solución a un problema presente a la tutela constitucional del derecho fundamental a la pensión: el amparo se había convertido prácticamente en un proceso ordinario y poco eficiente, dado que todo tipo de pretensiones respecto a la pensión se ventilaban a través del amparo. Esto se había conocido como el amparitis, donde todo justiciable recurría, para todo efecto, cuando creía que su derecho a la pensión había sido vulnerado. Con la presente sentencia, se reordena el problema, y se establece los lineamientos, que permiten una efectiva tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la pensión.

verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) (...) son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) (...) las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. (...)

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria. Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque — han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución, respectivamente”.

Respecto contenido 3) del precedente - *principios jurisprudenciales* – dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial (D.S. N° 017-93-JUS, 1993) no ha tenido un desarrollo sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia; sin embargo

Tesis publicada con autorización del autor
con la emisión de los plenos casatorios, de un lado se puede observar con claridad que
No olvide citar esta tesis

UNFV

más que fijar principios lo que se ha hecho es crear reglas jurídicas, como es el caso de todos los *plenos casatorios en materia Civil*.²⁶ donde se han fijado reglas, que se pueden aplicar directamente frente a un caso similar al solucionado con dicha regla; de otro lado se puede observar como contenidos de los precedentes a interpretaciones jurídicas y también reglas jurídicas, como es el caso de los *acuerdos plenos en materia penal*²⁷.

Ejemplo ilustrativo de creación de reglas, sobre la base de desarrollos de principios es el Tercer Pleno Casatorio Civil (CAS.Nº 4664 -2010 – PUNO, 2011). Aquí la Corte Suprema, antes de fijar o crear reglas jurídicas en materia de familia como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros; en la parte considerativa de la resolución, desarrolla principios en torno al proceso de familia tales como: 1) “*El estado democrático y social de derechos y los procesos de familia*”²⁸, 2) “*El principio*

²⁶.- Véase los precedentes de los siguientes plenos casatorios en materia civil: 1. CASACIÓN Nº 1465-2007- CAJAMARCA. (22 de marzo del 2008). 2. CASACIÓN Nº 2229 -2008 –LAMBAYEQUE. (23 de octubre del 2008). 3. CASACIÓN Nº 4664 -2010 – PUNO (18 de marzo del 2011). 4. CASACIÓN Nº 2195-2011 -UCAYALI (13 de agosto del 2012). 5. CASACIÓN Nº 3189 -2012 – LIMA NORTE (03 de enero del 2013).

²⁷ Véase a modo de ejemplo los siguientes acuerdos plenarios en materia penal todos ellos en torno la determinación de la pena: Acuerdo Plenario Nº 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO JURISDICCIONAL; Acuerdo Plenario Nº 4 -2009/CJ-116, del V PLENO JURISDICCIONAL; Acuerdo Plenario Nº 2 -2010/CJ-116, del VI PLENO JURISDICCIONAL.

²⁸ Resúmenes del contenido de la sentencia: “una de las características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección” (véase el punto III.1.4., p 14 y 15). “La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio. Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el código de los Niños y Adolescentes, el código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogándose el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y de adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referido a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros” (véase el punto III.1.5., p 15). “Mirta Mangione Muro resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo, la intervención del Ministerio Público, en entre otros” (véase el punto III.1.6., p 16). (...) principio dispositivo (...) se entiende (...) al principio de iniciativa e impulso de parte (...) En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no puede ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen” (véase el punto III.1.6., p 16).

de socialización del proceso y los procesos de familia”²⁹, 3) “La función tuitiva del Juez en los procesos de familia”³⁰, 4) “Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia”³¹, 5) “Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia”, 6) “Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia”³².

²⁹. Resúmenes del contenido de la sentencia: “El Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo del proceso”(véase el punto III.2.8., p 17). “(...) cuando se postula el principio de socialización del proceso se está promoviendo la igualdad material dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquel principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa” (véase el punto III.2.10., p 18). “En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final de la misma”(véase el punto III.2.10., p 18).

³⁰ Resúmenes del contenido de la sentencia: “La naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y distintos grados, condiciona al legislador y al juez para regular y desarrollar procesos que corresponden a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos”(véase el punto III.3.12., p 19).

³¹. Resúmenes del contenido de la sentencia: “Por el principio de congruencia el juez debe respetar el thema decidendum propuesto por las partes , limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de esta), pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron”(véase el punto III.4.13., p 20)“El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el iter processus” (véase el punto III.4.13., p 20). “(...) el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada acción procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos ad eventum, es decir par estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen”(véase el punto III.4.13., p 20 y 21)(...) estos principios debe aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho, respecto de la indemnización”(véase el punto III.4.14., p 21). “(...) no resulta lógico que al encontrarse frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en si mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda” (véase el punto III.4.15., p 21). “(...) los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiere a niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos” (véase el punto III.4.17., p 22).

³². Resúmenes del contenido de la sentencia: “Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso” (véase el punto III.5.18., p 23). (...) el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente en la ley, y en ese sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternatively la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante” (véase el punto III.5.18., p 24).

(...) en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por el Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la

En base al desarrollo de estos principios el Pleno Civil de la Corte Suprema (CAS.Nº 4664 -2010 – PUNO, 2011) fija como precedentes las siguientes reglas:

1. *En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar; entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar; derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.*
2. *En los procesos sobre divorcio – y de separación de cuerpos – por la causal de separación de hecho. El juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345 -A del código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.*
3. *Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:*
 - 3.1. *A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesorio o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.*
 - 3.2. *De oficio, el juez de primera instancia se pronuncia sobre estos puntos, siempre que la parte interesada hay alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso*

después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

3.3. En ese estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado – y probado – la pretensión o alegación respectiva, o sobre la existencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

3.4. En el trámite señalado, se garantizara el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho a la defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho de instancia plural.

4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevante.

5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del

divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

Cabe subrayar, que los principios desarrollados no han sido fijados como precedentes, sino que estos constituyen consideraciones en base a los cuales se ha fijado las reglas que en este caso si constituyen precedentes; aunque conforme al diseño legal, tales principios muy bien pudieron constituir precedentes.

Ejemplo ilustrativo, de interpretaciones y reglas como contenidos de precedentes de la Corte Suprema es el Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO JURISDICCIONAL EN MATERIA PENAL. Aquí el pleno de la Corte Suprema en materia penal, advirtió en ese entonces una deficiente técnica legislativa en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46 B y 46 C del Código Penal (En el pleno por error se consigna: artículos 46 A y 46 B). En efecto, para dar solución a tal defecto legislativo, establece como doctrina legal, los contenidos de los fundamentos 12 y 13, literales a, b, c, d, f y g. Así, en el fundamento 12, se precisa la finalidad de la inclusión de la reincidencia, los requisitos sustantivos y procesales para su calificación, y la medida de pena. En el fundamento 13 se precisa los criterios de interpretación en torno a la reincidencia y la habitualidad. Con estos criterios de interpretación, la Corte pretende resolver los problemas identificados en torno a la reincidencia y habitualidad. Así en virtud de los fundamentos 13 y los criterios de interpretación contenidos en el fundamento 14, se puede identificar las siguientes reglas:

- La reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en sus rol de circunstancias cualificadas; y en consecuencia la determinación de la pena concreta deberá realizarse dentro del nuevo marco conminatorio fijado por Ley. El nuevo máximo de la pena será el límite fijado por el artículo 46° B (un tercio o una mitad por encima del máximo original).

- La reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de la libertad por condena anterior. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena.

privativa de libertad cumplida total o parcialmente. Los delitos – se excluyen las faltas – antecedente y posterior han de ser dolosos.

- La habitualidad se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre uno de ellos en dicho plazo. Además requiere que todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza.

- A los efectos punitivos de la habitualidad se sumará a la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, dentro de los límites fijados en los artículos 50° y 51° del código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás).

- Las agravantes cualificadas del 46° A del Código Penal, son compatibles con la reincidencia y habitualidad; por lo que en caso de concurrencia se deberá aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, la cual no podrá exceder de los límites fijados por el referido artículo 46° A (de treinta y cinco años de privación de libertad).

- En ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena.

- Desde la vigencia del N° 28730 que reformó el artículo 69 del código penal (13 de mayo del 2006), la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena. Cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación, operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por la condena.

Cabe subrayar aquí, que los contenidos del precedente son interpretaciones y reglas identificables; pues lo que ha hecho el pleno (penal), es interpretar y en base ello crear reglas y ambos contenidos constituyen precedente. De este modo el Poder judicial en

sus máximas instancias – Pleno de las salas especializadas – ha establecido como precedentes interpretaciones y reglas, no obstante que, en atención al diseño legal,

también ha podido establecer como precedente desarrollos de principios, como pudo ser el caso del Tercer Pleno Casatorio Civil.

En suma, es de concluir que el contenido de los precedentes con independencia del órgano emisor – Tribunal Constitucional y las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia – pueden ser: 1) Interpretaciones, 2) Reglas y 3) Principios. Obviamente, tales contenidos se establecen según su especialidad y sin olvidar que conforme al diseño de nuestro derecho en el tema de la interpretación, el Tribunal Constitucional, *es el órgano de control de la Constitución* (artículo 201 de la Constitución) y por ende es el máximo intérprete de la Constitución. Así las interpretaciones que establezca el Tribunal Constitucional como precedentes, serán respecto al contenido constitucional, esto es reglas y principios contenidos en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional; las que establezcan las salas de la Corte Suprema en las distintas especialidades, serán respecto al contenido penal, civil u otro, en lo sustantivo o procesal. De igual modo sucede en el caso de crear reglas y dar contenido a principios.

2.5. Ubicación del precedente dentro del “Contenido del derecho”.

Para la ubicación del precedente vinculante del Tribunal dentro del contenido del derechos, es menester cuando menos, el conocimiento general del tema referido al “Contenido del derecho”.

Conforme al diseño de nuestra Constitución, el contenido del derecho se encuentran en el deseo del pueblo, la Constitución y en la ley; y está configurado, por normas, principios, precedentes, jurisprudencia, costumbre y doctrina³³. El Tribunal Constitucional, en sus sentencia 00047-2004 –AI, desarrolla el tema referido al sistema de fuentes. Explica que la Constitución es la fuente de fuentes y también fuente del derecho. La Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de normas; es fuente de fuentes, en la medida que es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden

normativo estatal; y como fuente de derecho la Constitución constituye el fundamento de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa. Las fuentes de derecho reguladas por la Constitución y advertidas por el Tribunal en la sentencia referida, son: 1) fuentes normativas o formas normativas, 2) jurisprudencia, 3) la costumbre, 4) los principios generales del derecho, 5) el contrato y 6) la doctrina. Dentro de las fuentes normativas se encuentran: a) fuentes normativas con rango de ley y b) fuentes normativas distinta a la ley. Las fuentes normativas con rango de ley son: la ley, las resoluciones legislativas, los tratados, el reglamento del congreso, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales. Las fuentes normativas con rango distinto a la ley lo constituyen los reglamentos³⁴.

En este contexto el contenido del derecho se configura a partir de la labor del constituyente, legislador, ejecutor, juez, jurista y el pueblo, teniendo como límites a la Constitución y a la Ley. Un discurso preliminar sería el siguiente: El constituyente tiene por labor dar una Constitución, la misma que contiene a las normas y principios generales que en conjunto conforman la base de todo el ordenamiento jurídico; precisa de algún modo los límites de labor del legislador, ejecutor, y del juez; accede al auxilio del jurista para complementar su labor; y reconoce a la persona la posibilidad de crear derecho dentro de los límites de la Constitución y la Ley. El legislador, desarrolla el ordenamiento jurídico, en base a las normas y principios prescritos por el constituyente, procurando su aplicabilidad a la realidad concreta. El ejecutor, establece sus políticas dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley. El juez administra justicia, de manera específica o fundamental, teniendo como base a las normas y principios delimitadas por el constituyente y el legislador; y en general teniendo en cuenta el contenido del derecho, elaborado por todos los demás configuradores del derecho. El jurista interpreta el derecho, teniendo como base la labor del constituyente, del legislador y del juez. El pueblo se organiza y convive en virtud de la costumbre o en virtud de sus pactos o contratos, la misma que tiene sus límites en la Constitución y la Ley.

Entrando ya en el análisis de cada una de las labores de los configuradores del derecho,

Tesis publicada con autorización del autor

No olvide citar esta tesis

³⁴ Para el estudio a profundidad y amplitud, Véase los fundamentos 7 al 45 de la Sentencia.

UNFV

diremos lo siguiente: El Constituyente, en nuestro ordenamiento jurídico, no solo da una Constitución al pueblo organizado; obedeciendo el mandato del pueblo e inspirándose en nuestra historia, también puede reformarlo, respetando el procedimiento contemplado en la propia Constitución. Así el preámbulo de la constitución de 1993 reza: “El Congreso Constituyente Democrático, (...) obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución.”; luego en el artículo 206° de la Constitución (1993) reza: *“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.”* De este modo podemos decir que el contenido del derecho empieza a configurarse a partir de deseo de pueblo, teniendo en cuenta su realidad histórica, y a medida que esta vaya cambiando dicho contenido básico e inicial tiene que reformarse para adecuarse a las nuevas realidades. Esto es lo que en la doctrina se llama el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado; en virtud del primero, se crea la Constitución y en virtud del segundo se reforma la Constitución³⁵. El ejercicio del poder constituyente originario, es para crear la Constitución; y el poder constituyente derivado, esto es para reformar, éste último se le ha otorgado al Congreso de la República.

El Legislador, tal y como habíamos dicho, desarrolla el ordenamiento jurídico, en base a las normas y principios prescritos por el constituyente, procurando su aplicabilidad a la realidad concreta. El principal legislador, conforme a la Constitución es el Congreso de la República quien tiene facultades para crear, modificar y aprobar derecho; asimismo puede delegar la facultad de crear derecho a otro poder del Estado; todo ello teniendo como límite a la Constitución. Así conforme al inciso 1 del artículo 102° de la

Constitución, son atribuciones del Congreso: “Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”; y conforme al inciso 3: “Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución”. El congreso de la República además de dar leyes y resoluciones legislativas, se da asimismo su reglamento que tiene fuerza de Ley; así el artículo 94° de la Constitución señala: “El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; (....)”. La facultad legislativa propia del Congreso puede ser delegada al Poder ejecutivo, conforme a los límites contenidos en la Constitución; así en el artículo 104° de la Constitución se señala: “El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo”.

El Ejecutor, tiene por labor, básicamente de establecer sus políticas, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley; sin embargo también podemos considerarlo como creador o configurador de derecho, en tanto son creadores de normas con rango de ley y tienen potestad reglamentaria. Sin embargo cabe precisar que dicha facultad, no lo es otorgada directamente por el constituyente; si no que es delegada por el legislador por excelencia, que es el Congreso de la República. Tal facultad lo realiza mediante Decretos Legislativos. Dentro del poder ejecutivo, el Presidente del República también cumple la labor de legislador, a través de los Decretos de Urgencia; así conforme al inciso 19 del artículo 118° de la Constitución corresponde al Presidente de la República: “Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”. En este mismo orden, los gobiernos regionales y locales también cumplen la función de legislador, dentro de los límites estipulados en la Constitución, y lo hacen mediante las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales, respectivamente; así el artículo 191° de la Constitución dispone que los gobiernos regionales tienen autonomía política; el inciso 6° del artículo

inherentes a la gestión regional; y el inciso 4 del artículo 200°, confiere rango de ley a la ordenanza regional. Tratándose de las ordenanzas municipales el discurso es similar de conformidad al artículo 194°, y el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución.

El Juez administra justicia teniendo como base a las normas y principios delimitadas por el constituyente y asimismo en base al desarrollo normativo realizado por el legislador. No obstante, además de ello, el juez (entendido como órgano jurisdiccional) de última instancia o instancias de cierre como el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, complementan el contenido del derecho a través de sus resoluciones; así el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004), reza: *“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 último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004), reza: *“Los 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”*; luego, en el artículo 22° de la Ley Orgánica de Poder Judicial (D.S. N° 017-93-JUS, 1993) reza: *“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial ‘El Peruano’ de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial ‘El Peruano’ en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”*.

De las citas expuestas, podemos precisar que no todo juez está llamado para crear derecho; pues solo es una facultad del juez de máxima instancia jurisdiccional. Es decir que todo juez está llamado a aplicar el derecho, pero no todo juez está llamado a crear derecho.

El Jurista, es quien interpreta el derecho, teniendo como base la labor del constituyente, del legislador y del juez. Con su labor interpretativa el jurista va formando la doctrina o ciencia del derecho, a la misma que el juez ha de recurrir en defecto de las normas jurídicas; así el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, reza: “En defecto de las normas (...), el Juez podrá recurrir (...) a la doctrina”. No obstante hay que precisar que el juez, en tanto que su labor tiene como límites la Constitución y la ley, no puede aplicar cualquier doctrina, si no aquella que esté conforme a la Constitución.

Finalmente, el Pueblo con su costumbre también participa en la configuración del derecho; sin embargo no se debe olvidar que no toda costumbre es derecho, tan solo lo es, aquella que esta de conformidad a la Constitución y a la Ley. Así conforme al inciso 8 del artículo 139° de la Constitución en caso de vacío o deficiencia de la ley “(...) deben aplicarse (...) el derecho consuetudinario”.

El conjunto de las labores, de los configuradores o creadores de derecho hacen posible las fuentes de derecho advertidas por el Tribunal en la sentencia 00047-2004 –AI. En la referida sentencia el Tribunal Constitucional, precisa que la Constitución es norma jurídica, fuente de derecho y norma delimitadora del sistema de fuentes (fuente de fuentes). La Constitución es tratada como norma jurídica, en la medida que contiene normas jurídicas vinculantes y directamente aplicables; asimismo dentro del contenido normativo del derecho, tales normas son las supremas. Como fuente de derecho, constituye el fundamento de validez de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa. Como fuente de fuentes: crea los órganos encargados de la producción normativa, otorga competencias materiales, determina los procedimientos para la elaboración normativa, establece los límites materiales para la elaboración normativa, e impone los contenidos normativos³⁶. En este orden, el Tribunal precisa las

fuentes reguladas por la Constitución; siendo estas: 1) fuentes normativas o formas normativas, 2) jurisprudencia, 3) la costumbre, 4) los principios generales del derecho, 5) el contrato y 6) la doctrina. Dentro de las fuentes normativas se encuentran: a) fuentes normativas con rango de ley y b) fuentes normativas distinta a la ley. Las fuentes normativas con rango de ley son: la ley, las resoluciones legislativas, los tratados, el reglamento del congreso, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales. Las fuentes normativas con rango distinto a la ley lo constituyen los reglamentos³⁷.

Ahora bien, delimitado el tema del contenido del derecho, corresponderá en adelante tratar el tema referido a la ubicación del precedente dentro del contenido del Derecho. Antes de ello es de precisar nuevamente que el contenido de los precedentes con independencia del órgano emisor – Tribunal Constitucional y las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia – pueden ser: 1) Interpretaciones, 2) Reglas y 3) Principios. Respecto al primer contenido - *interpretaciones*- los precedentes aquí no crean derecho sino que interpretan reglas y principios ya creados pero que no han sido objeto de interpretación, con la finalidad de dar solución a un caso concreto. Respecto al segundo y tercer contenido – *Reglas y principios* – los precedentes si crean derecho, ante la necesidad de contar con una regla o principio para la solución de un caso, de otro modo no sería posible resolver tal caso.

Es de precisar que la solución a un caso siempre importa una regla clara y precisa o que el principio esté debidamente configurado para su debida aplicación; de modo que cuando se interpreta, ya sea una regla o un principio, es para desembocar en una regla clara y precisa y/o una debida configuración del principio, de tal manera que se dé solución a un caso concreto. Si no es posible precisar o aclarar el contenido de una regla o principio vía interpretación, es necesario crear derecho ya sea creando nuevas reglas y principios.

Dicho esto, cabe determinar que el precedente puede formar parte de tres fuentes del derecho: 1) Fuente normativa o forma normativa, 2) Fuente jurisprudencial y 3) Fuente principista. Formará parte de la fuente normativa cuando el contenido del precedente

sea una regla, formará parte de una fuente jurisprudencial cuando el contenido del precedente sea una interpretación y formará parte de una fuente principista cuando el contenido del precedente sea un principio.

Sobre esta base, precisemos que el contenido normativo, en principio, es creado por el constituyente, en base a ello el legislador crea el contenido normativo infra constitucional. Sin embargo ante el vacío o deficiencia la labor del legislador, el precedente complementa este contenido, es decir se incorpora para lograr un contenido normativo más completo, que coadyuve a la labor de los aplicadores del derecho. Con esto, debe quedar en claro que los creadores del contenido normativo del derecho son en principio el constituyente y el legislador; sin embargo complementariamente, al menos en nuestro medio, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, puede crear contenido normativo a través del precedente. Precisemos también que la fuente jurisprudencial, es producto de la labor interpretativa de los jueces, y cuando entre uno y otro existan diferencias, contradicciones, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial a través de sus máximos órganos jurisdiccionales, pueden uniformizar la jurisprudencia, emitiendo precedentes interpretativos. Finalmente precisemos que la fuente principista es producto de la labor del constituyente y también del legislador cuando fijan principios, sin embargo cuando exista la necesidad de crear nuevos principios, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial pueden hacerlo a través del precedente.

2.6. Jerarquía del precedente en el sistema de fuentes.

Tal y como ha sido precisado por el Tribunal Constitucional las fuentes reguladas por la Constitución son las siguientes: 1) fuentes normativas o formas normativas, 2) jurisprudencia, 3) la costumbre, 4) los principios generales del derecho, 5) el contrato y 6) la doctrina. Dentro de las fuentes normativas se encuentran: a) fuentes normativas con rango de ley y b) fuentes normativas distinta a la ley. Las fuentes normativas con rango de ley son: la ley, las resoluciones legislativas, los tratados, el reglamento del congreso, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales. Las fuentes normativas con rango distinto a la ley lo constituyen los reglamentos³⁸. De otro lado se ha determinado que el precedente puede

formar parte de tres fuentes del derecho: 1) Fuente normativa o forma normativa, 2) Fuente jurisprudencial y 3) Fuente principista. Formará parte de la fuente normativa cuando el contenido del precedente sea una regla, formará parte de una fuente jurisprudencial cuando el contenido del precedente sea una interpretación y formará parte de una fuente principista cuando el contenido del precedente sea un principio. En este marco es menester determinar la jerarquía del precedente dentro de las fuentes a la cual forma parte.

Respecto al precedente que forma parte de la fuente normativa o forma normativa, importa desarrollar en principio jerarquía en esta fuente. En efecto respecto a la fuente normativa se ha señalado que dentro de estas: a) fuentes normativas con rango de ley y b) fuentes normativas distinta a la ley. A estas fuentes normativas hay que sumar las fuentes normativas con rango constitucional, dado que en la Constitución también está contenida de normas y que pueden ser directamente aplicables a un caso concreto; de allí que con respecto a la jerarquía el constituyente en el artículo 138 de la Constitución (1993) ha señalado: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*. De esto se tiene que el orden en cuanto a la jerarquía es el siguiente: 1) normas constitucionales (reglas constitucionales), 2) normas legales (reglas legales) y 3) normas infra – legales (reglas contenidas en los reglamentos).

En este marco ¿cuál es la jerarquía del precedente que contiene una regla?. Antes de contestar a la pregunta, es menester explicar a que nos referimos por regla. Entiendo por regla al contenido de una disposición normativa o de un precedente, en virtud del cual se resuelve un caso litigioso sometido al conocimiento del jurisdiccional. Entiendo también que hay disposiciones normativas a nivel constitucional, legal e infralegal que contienen reglas. En este marco para determinar la jerarquía de las reglas el Constituyente en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución (1993) establecer: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”* De este modo, no existe mayor

Para el caso de los precedentes que contienen reglas, en la Constitución no se ha establecido cuál es su jerarquía; por lo que es menester determinarlo. Aquí cabe hacer una distinción entre el Precedente del Tribunal Constitucional que contienen reglas (precedente vinculante) y el precedente del Poder Judicial que contienen también reglas; pues no tiene la misma jerarquía como se verá en adelante. Antes de explicar el tema, hacemos una paréntesis, para precisar que si atendemos al diseño legislativo (art. 22 LOPJ) del precedente del Poder Judicial, el órgano emisor (Salas Especializadas de la Corte Suprema) no está legitimado para crear reglas sino sólo fijar principios jurisprudenciales; no obstante como ya hemos visto en el apartado anterior: "contenido del precedente", en la práctica se está emitiendo reglas, tal cual lo hace el Tribunal Constitucional.

Respecto al precedente del Tribunal Constitucional que contiene reglas, en la Sentencia N° 0024-2003-AI/TC respecto a la noción del Precedente vinculante se ha señalado: *"(...) regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. Tiene por su condición de tal efecto similar a una ley."* Aquí el Tribunal Constitucional precisa que el Precedente vinculante tiene efectos similares a una Ley.

Roger Rodríguez Santander, respecto al precedente del Tribunal Constitucional que contienen reglas (precedente vinculante) señala: *"(...) en el sistema de fuentes del Derecho, el precedente constitucional vinculante se ubica por encima de la Ley, pues en caso de conflicto, ésta resultará inválida por ser incompatible con una disposición constitucional, conforme al sentido que su supremo intérprete le ha atribuido"*³⁹. Aquí el autor precisa que el Precedente vinculante se ubica por encima de la Ley.

Frente a esta aparente contradicción entre lo que señala el Tribunal Constitucional y Rodríguez Santander, cabe precisar que el contenido normativo de la ley, a diferencia del contenido normativo del precedente vinculante es amplio y complejo. Dentro del contenido normativo de la ley se puede clasificar diferentes tipos de leyes; dentro de

ellos, hay normas legales que pueden ser objeto de un examen de constitucionalidad, y otras no; estas últimas son aquellas cuya constitucionalidad ha sido confirmada, en un proceso Constitucional de inconstitucionalidad o de acción popular. El contenido normativo del precedente vinculante, en teoría, no podría ser objeto de un examen de constitucionalidad, dado que es resultado del máximo intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional. De este modo se podría decir, que el contenido normativo del precedente vinculante es un equivalente, al contenido normativo legal, conformado por aquellas normas legales cuya constitucionalidad haya sido confirmada, en un proceso constitucional.

Este mismo discurso no resulta igual para el Precedente del Poder Judicial que contiene reglas; pues el Poder Judicial, si bien es un intérprete de la Constitución, no lo es el máximo como si lo es el Tribunal Constitucional; por lo que dichas reglas pueden ser objeto de un examen de constitucionalidad e incluso pueden ser excluidas en un proceso de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. En este marco es de advertir que las reglas establecidas por el Poder Judicial a través de un precedente, son equivalente a las normas legales cuya constitucionalidad no ha sido confirmada.

Respecto a la jerarquía del precedente que forma parte de la fuente jurisprudencial, importa desarrollar en principio que se entiende por jurisprudencia. En efecto esta fuente es producto de la labor del Juez. El Juez, en virtud de su función jurisdiccional, regulada en el artículo 138° de la Constitución, administra justicia teniendo como base a las normas y principios delimitadas por el constituyente y asimismo en base al desarrollo normativo realizado por el legislador. En torno a la obra de los Jueces en el Estado Constitucional Pedro P. Grandez Castro señala: *(...) los problemas centrales de la actividad jurídica ya no se reducen, hoy en día, a la técnica legislativa, sino a la racionalidad de su aplicación práctica. El centro de gravedad del Derecho se traslada así del texto a su valoración, del enunciado a la norma concretizada por el intérprete. En síntesis, y para decirlo con las palabras de Bobbio, el problema central del Derecho actual es el problema de su interpretación*⁴⁰. En efecto, la labor de los jueces, fundamentalmente y por lo general, consiste en dar solución a los casos, vía la interpretación de las normas y principios fruto de la labor del Constituyente y del

Legislador. Producto de esta labor tenemos a la Fuente Jurisprudencial, contenida justamente por las interpretaciones del derecho que los jueces han realizado, para resolver los casos puestos a su conocimiento.

Cabe Precisar, que respecto a la labor de los jueces existen jerarquías, en el caso peruano el Tribunal Constitucional y la Salas de la Corte Suprema son los órganos de mayor jerarquía en la labor jurisdiccional. Al primero por ser él órgano de control de la Constitución (art. 201 de la Constitución), que es la fuente de fuentes del derecho y al segundo por ser el máximo órgano de deliberación del Poder Judicial (art. 144 de la Constitución). En esta situación, las interpretaciones que estos hagan del contenido del derecho, tienen mayor jerarquía en relación a las interpretaciones de los demás órganos jurisdiccionales, además sólo las interpretaciones dados por estos máximos órganos jurisdiccionales, resultan vinculantes y por ende son precedentes. Sin embargo, debido al diseño constitucional, es de advertir que el Precedente del Tribunal Constitucional que contiene interpretaciones y el Precedente del Poder Judicial que contiene interpretaciones, no tienen el misma jerarquía, como se verá en adelante.

Al precedente del Tribunal Constitucional que contiene interpretaciones, en la doctrina se le llama *Jurisprudencia constitucional vinculante*⁴¹, "*Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional*"⁴², también podría llamarse precedente interpretativo. Este tipo de precedente se encuentra regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N°28237, 2004), conforme al cual: "*Los 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*". Conforme al diseño de esta regla, la labor interpretativa de todo juez deberá realizarse conforme a la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional. En este marco, los precedentes del Tribunal Constitucional, que contienen interpretaciones, tiene mayor jerarquía frente a los precedentes del Poder Judicial que también contienen interpretaciones. De este modo frente a una contradicción de interpretaciones de las máximas instancias del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, todo juez deberá decantarse por el segundo, en

virtud de la jerarquía aquí advertida.

Respecto a la jerarquía del precedente que contiene principios y que forma parte de la fuente de principios importa determinar si es conveniente o posible hablar de jerarquía, teniendo en cuenta el contenido teórico respecto al tema de los principios. En efecto GASCÓN ABELLÁN, M y GARCÍA FIGUEROA, al tratar el tema “*La cuestión de los principios*”⁴³, lo entiende a los principios como “*Normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas*” y que su importancia radica en dos razones: 1) Su relevancia para la construcción de una teoría del derecho y 2) su importancia en el razonamiento jurídico. Sobre la base de estas razones sostiene: i) “Esta doble dimensión que presentan los principios los convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del derecho y la teoría de la argumentación”; ii) “Para saber dónde dejamos de aplicar mecánicamente el derecho primero debemos disponer de alguna teoría que nos informe sobre los límites del derecho” y 3) “En teoría del derecho, los principios han sido considerados un elemento que revela vinculación del Derecho a la moral; le denomina a esta doctrina ‘no positivismo principalista’”.

Respecto a la distinción entre reglas y principios, para los autores en referencia, teniendo en cuenta su estructura y función, existen tres tesis: a) Conforme a la *tesis fuerte de la separación*⁴⁴, existen diferencias de grado y cualitativas. Toda norma es o bien una regla o bien un principio. b) Conforme a la *tesis débil de la separación*, existe una diferencia de grado pero no cualitativa. Teniendo en cuenta los criterios de generalidad, fundamentabilidad, vaguedad, superioridad jerárquica, etc.; los principios lo son en mayor grado⁴⁵. c) Conforme a la *tesis de la conformidad*, no existen diferencias relevantes⁴⁶.

Por otro lado, siguiendo con los autores, teniendo en cuenta su contenido en relación con el sistema jurídico⁴⁷, advierten que han sido clasificados - Propuesta por JERZY

⁴³GASCÓN ABELLÁN, M y GARCÍA FIGUEROA, A (2005). “La argumentación en el derecho”, p. 223 – 272.

⁴⁴Sostenida por los no positivistas principalistas (NPP), teniendo en cuenta la estructura y la función. Ibidem p. 236.

⁴⁵Ibidem p. 237.

⁴⁶Ibidem.

⁴⁷Propuesta por JERZY WRÓBLEWSKI. Léase a GASCÓN ABELLÁN, M y GARCÍA FIGUEROA, A

WRÓBLEWSKI - de la siguiente manera: a) Principio positivo del Derecho: norma explícita formulada en el texto jurídico; b) Principio implícito del Derecho: regla considerada como premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas; c) Principio extrasistémico del Derecho: regla que no es principio positivo del Derecho, ni principio implícito del Derecho; d) Principio nombre del Derecho: nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas y e) Principio construcción del Derecho: construcción del legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica.

A juicio sobre este marco doctrinario, advierto por un lado que regla y principio, no es lo mismo. La razón es la siguiente: entiendo que para la solución de un caso es necesario de reglas y de principios, como ya los había señalado líneas atrás; el tema distintivo está en que los principios sirven más para identificar o determinar una regla y la regla más para tomar una decisión concreta. De modo que la identificación o determinación de una regla, importa la debida configuración de un principio. Con esto convenimos con la idea de que los principios en su contenido tienen mayor generalidad que las reglas. Tal entendimiento, nos lleva a determinar que la regla forma parte de la fuente normativa, en tanto que los principios forman parte de una fuente distinta. De otro lado, en cuanto al contenido de los principios, sin estar en desacuerdo con la clasificación antes referida, a mi modo de entender en sintonía a lo que se ha venido desarrollado, estos pueden estar previamente establecidos por el Constituyente y por el legislador, o puede ser producto de un acto creativo del jurisdiccional; en otras palabras los principios sirven para determinar o configurar una regla y los encontramos en los dispositivos normativos y en los precedentes. Es de precisar que cuando el Jurisdiccional interpreta estos principios previamente establecidos, estamos ante un contenido interpretativo y por tanto dentro de la fuente jurisprudencial; mientras que cuando por un acto creador del jurisdiccional de máxima instancia, estamos frente a nuevos principios y por lo tanto, aun cuando estos principios se encuentren contenidos en una resolución, no forman parte de la fuente jurisprudencial sino de la fuente de los principios.

Dicho esto, dentro de la fuente de principios, encontramos principios contenidos en la

constitución, en la ley y en normas infralegales como son los reglamentos; a esto se le debe sumar los principios configurados por los jurisdiccionales de máxima instancia a través del precedente. En este marco, dado a que los principios sirven para configurar una regla, no sería propio hablar de jerarquía de principios, sino del principio más idóneo, dependiendo de su mayor o menor configuración. Así por ejemplo si de un lado el Constituyente configurar un principio "X" y en virtud de este principio está permitido hacer "a", "b" y "c", y el Legislador configura el mismo principio, pero que en virtud de este además está permitido hacer "d"; en tal escenario mal haríamos en descartarnos por el principio contenido en la Constitución llevándonos por su jerarquía; en cambio decantarnos por el principio contenido en una norma Legal, sería más idóneo pues su configuración es mayor, en el sentido de tener mayor libertad de hacer.

Cuando se crea o se fija un nuevo principio a través del precedente, tampoco podríamos hablar de jerarquía, dado que aun cuando en virtud de otro principio se pueda restringir su esfera de protección, siempre habrá un espacio cuya protección esté garantizada, caso contrario el principio como tal no existiría. Así por ejemplo, si en virtud del nuevo principio "X" se pueda hacer "a", "b" y "c", y sin embargo en virtud de otro principio "Y" no se puede hacer "c"; en este escenario no podríamos determinar cuál de los dos principios tiene mayor jerarquía, pues no sabemos cuál de los principios es el válido; para tal caso es necesario de una regla delimitadora.

2.7. Límites para la emisión y aplicación del precedente.

Entiéndase por límites del derecho, a aquellos preceptos normativos que, deben ser observados por el jurisdiccional para aplicar el derecho o tomar una decisión jurisdiccional. Estos límites se encuentran en todo ordenamiento jurídico. En el presente caso desarrollaremos los límites para la emisión y aplicación del precedente vinculante, a partir del desarrollo normativo del Precedente vinculante del Tribunal Constitucional, prescrito en el Artículo VII del Código procesal Constitucional; el desarrollo jurisprudencial, contenidos en las STC.N. ° 0024-2003-AI/TC y N.° 3741-2004-AA/TC; y asimismo a partir de las normas constitucionales y normas de derecho en general.

En el artículo VII del Título Preliminar Código procesal Constitucional⁴⁸, el legislador ha establecido básicamente, las condiciones o límites para la emisión de un precedente vinculante y para el apartamiento mismo. Tratándose del primer tema -condiciones o límites para la emisión de un precedente vinculante - en el referido artículo se señala que *“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”*. De este modo, debemos señalar que no todas las sentencias del Tribunal Constitucional pueden constituirse en precedente vinculante; solo aquellas que adquieren la autoridad de cosa juzgada. En segundo término, la sentencia del Tribunal Constitucional que adquiere la autoridad de cosa juzgada, por si misma, no constituye precedente vinculante; para tal efecto es necesario que en la misma sentencia se haya precisado el extremo que constituye precedente vinculante y el efecto normativo del mismo. Es decir que las sentencias que constituyen precedente vinculante son aquellas que han adquirido la autoridad de cosa juzgada y que han precisado el extremo vinculante y el efecto normativo del mismo.

Complementando este primer análisis, diremos que de conformidad con el artículo 6° del Código Procesal Constitucional⁴⁹ las sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada son aquellas en donde se emite la decisión final que se pronuncie sobre el fondo. De conformidad con el inciso 4 del artículo 17 ° del Código Procesal Constitucional⁵⁰, el extremo vinculante de la sentencia y su efecto normativo deben estar contenidos en los fundamentos de la sentencia. Finalmente interpretando de conformidad con el inciso 5 del artículo 17 del Código Procesal Constitucional⁵¹, la precisión del extremo vinculante y el efecto normativo debe realizarse en la parte resolutive de la sentencia.

Cabe precisar, con todo esto, que no todos los fundamentos de la sentencia, conforman

⁴⁸“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”

⁴⁹“En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo”.

⁵⁰“La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso: (...) inciso 4.- La fundamentación que conduce a la decisión adoptada”

⁵¹“La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso: (...) inciso 5.- La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto”.

el precedente vinculante. Se ha señalado que de conformidad con el inciso 4 del artículo 17 ° del Código Procesal Constitucional, el extremo vinculante de la sentencia y su efecto normativo deben estar contenidos en los fundamentos de la sentencia. En efecto, no todos los fundamentos conforman el precedente vinculante, solo fundamentos expresamente señalados en la misma sentencia, que conforme al inciso 5 del artículo 17 del Código Procesal Constitucional, debe realizarse en la parte resolutive de la sentencia. En otras palabras, el contenido del precedente debe ubicarse en los fundamentos o considerandos de la sentencia, y la precisión de cual o cuales fundamentos lo conforman deben estar precisados en la parte resolutive. Estos fundamentos precisados y que constituyen precedente vinculante, deben ser la base fundamental imprescindible para la decisión en la sentencia; caso contrario no habría razón de su existencia. Es decir que el precedente vinculante constituya una condición imprescindible para la decisión en el caso en concreto.

Por otro lado, tratándose del segundo tema - condiciones o límites para el apartamiento del precedente vinculante - en el artículo VII del Título Preliminar Código procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004) se señala que *“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”*. Aquí el legislador proyecta cuestiones, tales como; 1) Solo el Tribunal Constitucional puede apartarse del precedente vinculante y 2) El apartamiento del precedente vinculante, debe ser motivado. Conforme a estas cuestiones, el Tribunal Constitucional y solo él, puede apartarse, y en efecto puede ordenar su inaplicación; para tal caso deberá motivar su decisión. La decisión de apartarse, no puede ser arbitraria, sino motivada; por lo que se deberá expresar fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. No es posible interpretar, que otro jurisdiccional se aparte del precedente; lo que no significa que no pueda ser objeto de discusión, más aún si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional, como toda institución estatal, debe sujetarse a los límites constitucionales. Por el momento solo debe dejarse en claro que la figura del apartamiento del Precedente Vinculante es exclusiva del Tribunal Constitucional.

Constitucional, específicamente en las STC. N.º 0024-2003-AI/TC y N.º 3741-2004-AA/TC.

En la STC. N.º 0024-2003 el Tribunal Constitucional ha expresado que “*el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:*”

1. *Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.*
2. *Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada. La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso. Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda. La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable. El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente. Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro. Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74º y 103º de la Constitución, y 83º del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad”.*

En esta explicación se advierte claramente un límite para la emisión del Precedente Vinculante: El Tribunal Constitucional deberá emitir un Precedente Vinculante, siempre

Tesis publicada con autorización del autor
No olvidar citar fuente

UNFV

y cuando sea necesario, que con el mismo, se dé solución definitiva al caso concreto. Es decir que a través del Precedente Vinculante el Tribunal Constitucional, da una solución definitiva a un caso concreto. Podría haber otra forma de dar solución definitiva al caso en concreto, no obstante el legislador ha creído conveniente que cuando se trate de procesos constitucionales, se haga a través del precedente vinculante.

Hasta aquí se ha podido advertir los límites para la emisión y aplicación del precedente vinculante, a partir de la norma que lo recoge y del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional. En adelante se advertirá dichos límites a partir de las normas constitucionales y las normas de derecho en general. Al respecto analicemos algunas de las reglas que los jueces deben observar para la toma de sus decisiones. En el artículo 138 de la Constitución (1993) se señala que *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*. Aquí nos encontramos en un contenido puramente normativo, y dentro de este hay una jerarquía que debe ser tomada en cuenta por el jurisdiccional. Conforme a nuestro diseño normativo constitucional, las normas constitucionales tienen la máxima jerarquía, y prevalece ante una norma legal que le sea incompatible; y esta última a su vez prevalece frente a una norma infra legal que le es incompatible. Esto es lo que se conoce en doctrina como “Control constitucional” y “Control de legalidad”. Lo primero, es el control realizado a las normas de cualquier rango, teniendo como parámetro a la Constitución, y lo segundo es el control realizado a las normas de rango inferior a la ley, teniendo como parámetro a ésta última.

En este orden de la ilación, aquí nos encontramos ante un tema de contenido y de límites. Las normas constitucionales han sido elaboradas por el constituyente, y sobre esta base los legisladores han elaborado las normas legales, y sobre estas últimas se han legislado las normas infra legales. El constituyente y los legisladores a nivel legal e infra legal, dan contenido al derecho, pero no todos los contenidos son iguales, el contenido elaborado por el constituyente, resulta ser límite a la labor del legislador a nivel legal, y el contenido elaborado por este último, constituyen un límite para el legislador a nivel infra legal. La idea con este discurso, es que el contenido del derecho,

Ahora bien, este discurso importa en la labor del Tribunal Constitucional, como en la labor del jurisdiccional en general. El Tribunal Constitucional, puede crear normas a través del precedente vinculante, pero siempre teniendo en cuenta el límite en cuestión. La norma creada por el Tribunal Constitucional, no puede contradecir o estar en contravención de la norma con rango constitucional; si fuera el caso, el jurisdiccional ejercería el control constitucional en los términos prescritos por el artículo en mención. Cabe precisar que la contradicción debe ser evidente y no aparente. En principio, el precedente vinculante, no debería ser objeto de control constitucional, dado que ha sido emitido por el máximo intérprete de la constitución; sin embargo el Tribunal Constitucional puede cometer un error al crear un precedente con evidente contradicción a una regla contenida en la norma con rango constitucional; en tal caso excepcionalmente el jurisdiccional debe aplicar el control constitucional.

Se debe tener en cuenta que el precedente es una regla de derecho, y por tal aplicable a un caso concreto. En este sentido para considerar que el Tribunal Constitucional ha cometido un error en su labor de emitir precedentes, los mismos deben contradecir una regla contenida en una norma con rango constitucional, esto es una norma de la constitución directamente aplicable a un caso concreto. Es decir que la contradicción debe ser *regla contra regla*. De esta manera no es posible que el jurisdiccional, pueda ejercer control constitucional argumentando que el precedente viola o contradice un principio o un valor constitucional, en tanto sí, cuando el precedente es contrario a una regla jurídica de rango constitucional. En otras palabras y de manera definitiva, el jurisdiccional, solo puede y de manera excepcional ejercer control constitucional, cuando advierta que la regla del precedente vinculante contradice una regla de la Constitución o de otros instrumentos de igual jerarquía.

En el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución (1993) se establece: *“El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”*. Aquí también estamos ante un tema de contenidos y de límites. Respecto a los contenidos debemos determinar que hay tres contenidos: 1) la ley, 2) los principios generales del

de vacío o deficiencia de la misma, se aplicara los principios y el derecho consuetudinario. En este entendido, la ley es el contenido del derecho directamente aplicable a un caso particular y concreto, aunque debemos precisar, que antes de su aplicación el jurisdiccional debe, advertir que la misma debe estar conforme a la Constitución. Los principios del derecho que son los lineamientos o directrices del derecho, contenidos generalmente en la Constitución, y los títulos preliminares de las leyes; en principio no son directamente aplicables. Servirán como parámetros de interpretación y se ha de recurrir a ellos, frente al vacío o deficiencia en la ley. El mismo criterio es aplicable para el caso del derecho consuetudinario, que no es sino la buena costumbre de los pueblos que permite la convivencia de los pueblos, y que servirá para encontrar el contenido de derecho aplicable, en caso de vacío o deficiencia de la ley.

Sin embargo, debemos precisar que dentro de la lógica de que los principios no son aplicables directamente, a un caso concreto, debemos señalar que tal situación implica el acto creativo del juez. Frente a un caso concreto, y ante la no existencia de una regla jurídica, el juez tiene que interpretar a la luz de un principio y desprender de ello una regla, la misma que ha de servir para la decisión jurisdiccional en el caso concreto. Particular situación, ocurre con la costumbre. La costumbre se constituye de reglas aceptadas de común acuerdo por todos, no obstante no ha sido contenido en el derecho; sin embargo ante la inexistencia de este por vacío o defecto, el juez aplicará estas reglas.

Para el caso del precedente vinculante, el Tribunal Constitucional, interpretando los valores y principios constitucionales, crea una regla de derecho. La característica propia de esta regla, es que se constituye en una regla que ha de ser aplicado obligatoriamente por el propio Tribunal Constitucional y por todos los jurisdiccionales; con la única condición de que se trate de hechos similares. En la labor jurisdiccional, es imprescindible la existencia de una regla de derecho, y si no las hay, el juez crea reglas, y dentro de estas, la regla creada por el Tribunal Constitucional se constituye en precedente vinculante. Esta regla creada por el Tribunal Constitucional, se suma a las normas con rango de ley y pasa a formar parte del contenido normativo.

peruano, la interpretación del norma constitucional en cuestión - “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”- debe entenderse que ante el vacío o deficiencia de la ley, no sigue necesariamente la aplicación de los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario; antes el jurisdiccional tendrá que advertir si existe o no un precedente vinculante que supla la deficiencia o defecto de la ley. De no existir tal precedente, entonces los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, deberá aplicados del modo antes descrito. Tal criterio obedece, al hecho de que al crearse el precedente vinculante, éste se incorpora al contenido normativo con rango de ley; lo que no significa que sea lo mismo que ley. Pero advertimos nuevamente que la aplicación de los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario, no es inmediato, antes el jurisdiccional deberá extraer reglas de derecho, y entonces y solo entonces aplicar al caso concreto.

El inciso 9 del artículo 139° de la Constitución (1993) establece: *“El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”*. Aquí se establece en principio dos contenidos especiales dentro del contenido normativo: 1) la ley penal y 2) normas que restringen derechos. Es de advertir que entre el contenido de la ley penal y el contenido de las normas que restringen derechos hay una relación de género a especie. La ley penal al ser una norma que restringe el derecho a la libertad individual está dentro de las normas que restringen derechos. Los límites que debe observar el jurisdiccional es que tanto uno como el otro contenido no se pueden aplicar por analogía. Por analogía hay que entender lo siguiente: frente a dos hechos similares: “A” y “B”; si para el hecho “A” no existe una norma específica aplicable, se puede aplicar la norma específica aplicable a “B”. Sin embargo, el contenido del derecho, conformados por las leyes penales y las normas que restringen derechos no puede ser aplicado por analogía, aun cuando exista hechos similares.

Ciertamente mediante la analogía, el jurisdiccional puede crear derecho, al establecer una regla de derecho no existente, en base a otra existente que regula a un hecho similar.

Sin embargo lo establecido en el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución - El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos es un límite en la labor de crear derecho mediante la analogía. De esto se

tiene que el jurisdiccional de ningún modo puede, crear reglas penales ni reglas que restrinjan de derechos, utilizando la analogía. Cabe precisar que la ley penal y las normas que restringen derechos, se rigen por el principio de legalidad. Es decir que son propias en absoluto de la labor del legislador. Siendo así el jurisdiccional no puede crear reglas penales ni reglas que restrinjan derechos, ni por analogía ni por ningún otro medio de creación de derecho. En este sentido, debemos señalar que el Tribunal Constitucional, no puede emitir precedentes vinculantes, en la cual se establezcan reglas penales o reglas que restrinjan derechos, dado que ello contravendría el principio contenido en el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución. El principio en cuestión constituye un límite a la labor creativa del jurisdiccional, por ende al Tribunal Constitucional. De infringirse tal límite, se está contraviniendo la Constitución y de ser así el precedente es inaplicable, en virtud del control difuso.

En el inciso 11 del artículo 139° de la Constitución (1993) establece: *“La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”*. Aquí estamos ante dos supuestos frente a un hecho: 1) existe duda en la aplicación de leyes penales y 2) existen conflictos de las leyes penales. Es decir dentro del contenido legal en materia penal, de existir duda en su aplicación y/o conflicto el jurisdiccional no puede aplicar la norma desfavorable al procesado, en tanto si la norma favorable. Conforme a este principio constitucional, el Tribunal Constitucional no puede emitir precedentes vinculantes que despejen dudas o conflictos entre las leyes penales aplicables a un caso concreto. Ante la existencia de dos o más leyes penales, aplicables a un mismo hecho ilícito, el procesado tiene derecho a que se le aplique la que más le favorece y el jurisdiccional tiene el deber de actuar en ese sentido. Si esto es así el precedente vinculante no puede despejar dudas, señalando cual es la ley aplicable. Si todas resultan aplicables, se optará por la más favorable. Es un tema que compete al justiciable, al exigir la aplicación de la ley penal más favorable, para su libertad individual. Emitir un precedente vinculante despejando dudas o conflictos de leyes penales, implica restringir derechos al justiciable, por ende existe una contravención a la Constitución. Dentro del objeto del precedente vinculante, no se encuentra presente la idea de restringir derechos.

protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte". Aquí podemos encontrar hasta tres contenidos del derecho: 1) las normas que contienen a los derechos constitucionales, 2) las normas sobre derechos humanos y 3) las decisiones jurisdiccionales de los Tribunales internacionales sobre derechos humanos. Estos contenidos se convierten en límites para el jurisdiccional, en la interpretación de otro contenido del derecho, en este caso de los derechos constitucionales protegidos por los procesos constitucionales.

El precedente vinculante es producto de la previa interpretación del Tribunal Constitucional, y la finalidad de su existencia es la resolución de un caso concreto. La idea que subyace en la emisión de un precedente es también contribuir en la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Sin embargo, la labor facultada al Tribunal Constitucional encuentra un límite en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; pues dicha labor tiene que sujetarse a la conformidad con: 1) las normas sobre derechos humanos y 2) las decisiones jurisdiccionales de los Tribunales internacionales sobre derechos humanos. Los derechos constitucionales, necesitan de la interpretación del Tribunal Constitucional, para advertir su contenido y alcance; el precedente vinculante, se convierte en el instrumento para positivizar dicho contenido y alcance; previa conformidad con el contenido de los derechos humanos y las decisiones de los Tribunales internacionales. De este modo, mal haría el Tribunal Constitucional, de emitir un precedente vinculante, para precisar el contenido y alcance de un derecho constitucional, interpretando tan solo la Constitución y prescindiendo de las normas contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los criterios expuestos en las sentencias emitidas por los tribunales internacionales de derechos humanos.

La inobservancia del referido artículo por el Tribunal Constitucional, podría acarrear, la emisión de un precedente contrario a las normas de derechos humanos y al contenido de las sentencias de los tribunales internacionales sobre derechos humanos. De ser así

parte de la Constitución; y en efecto todo jurisdiccional está sujeto antes que al precedente, a la Constitución.

El artículo VI del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004) reza: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los 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”*. Podemos advertir como contenidos del derecho a los siguientes: 1) normas con rango constitucional, 2) normas con rango inferior a la Constitución, 3) normas cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular y 4) Preceptos y principios constitucionales, interpretados y contenidos en las resoluciones del Tribunal Constitucional. Al respecto debemos puntualizar tres límites que deben ser observados por el jurisdiccional: a) De existir incompatibilidad entre los contenidos “1)” y “2)”, debe aplicar el primer contenido, siempre que sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución; b) No puede dejar de aplicar el contenido “3)”; y c) debe interpretar y aplicar toda norma con rango legal y los reglamentos conforme al contenido “4)”.

De este modo, podemos decir, que las normas con rango constitucional, además de ser un contenido del derecho, son límites para la aplicación del contenido de las normas de menor rango; esto significa que antes de la aplicación de las normas legales debe examinarse su conformidad o compatibilidad con la Constitución; y si resultara positivo dicho examen su aplicación es adecuada, caso contrario se aplicará el contenido con rango constitucional. Si fuera el caso que su conformidad o su compatibilidad de las normas legales hayan sido confirmadas, entonces la aplicación es inmediata, esto es que no necesita del examen de conformidad o constitucionalidad. De otro lado, todo examen

las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Respecto a la figura del Precedente Vinculante, por una parte se debe precisar que constituyen reglas de derecho, y al ser emitidas por el máximo intérprete – Tribunal Constitucional, su rango es similar a la ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada. Sin embargo el Tribunal Constitucional, podría caer error, al emitir a un precedente contrario a una regla de rango constitucional. En efecto, al advertirse la inconstitucionalidad del precedente, el jurisdiccional obviamente debe preferir la Constitución. Sin embargo dicha advertencia no debe ser ligera, pues el jurisdiccional debe tener en cuenta que se trata de un precedente vinculante emitido por el máximo intérprete de la Constitución. No obstante al advertirse un error evidente del Tribunal Constitucional, al emitir un precedente vinculante, en modo alguno se puede cuestionar la preferencia del jurisdiccional a la Constitución. En todo caso, el juez debe observar que la preferencia a la Constitución debe realizarse siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

De otro lado, cabe resaltar algo de suma importancia, que es el tema de la responsabilidad del Tribunal Constitucional al emitir sus sentencias. Y es que conforme al artículo objeto de análisis, Los 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. Al respecto, se puede formular tres cuestiones: 1) todo juez debe interpretar la norma según los preceptos y principios constitucionales; 2) el Tribunal Constitucional interpreta los preceptos y principios constitucionales; 3) los jueces deben interpretar la norma, conforme a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales contenidos en las sentencias del Tribunal Constitucional. Las dos primeras cuestiones, son las premisas que dan como resultado lógico la tercera cuestión. Con lo cual se convierte en un principio: la observancia obligatoria a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales realizada por el Tribunal Constitucional y contenidas en sus sentencias.

sentencias, el jurisdiccional debe observarlo sin más. Tal y como se puede advertir, dentro de las labores que tiene el Tribunal Constitucional, una de ellas es la interpretación de los preceptos y principios constitucionales; dicha labor es permanente y es casi imposible que en algún momento sea un tema acabado. Es decir que no todos los preceptos y principios constitucionales, han sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional. Aquí es justamente donde encontramos la posibilidad de error del Tribunal Constitucional al emitir un precedente vinculante; y asimismo la posibilidad que tiene el jurisdiccional para advertirlo. El Tribunal Constitucional, por mínima que sea la posibilidad, puede emitir un precedente vinculante contrario a los preceptos y principios constitucionales, que no han sido objeto de interpretación. En tal posibilidad el juez tiene la obligación constitucional de advertir tal cuestión, aunque esto no bastaría para dejar de aplicar un precedente vinculante; pues tal posibilidad excepcional sólo sería posible en el supuesto de que el precedente sea contrario a una regla jurídica de rango constitucional, pero no de un principio constitucional. Se subraya que la interpretación del Tribunal Constitucional, no se está cuestionado, empero si la inobservancia de un precepto o principio constitucional. En todo caso, la figura del cambio de precedente vinculante sería la salida al problema; esto es que la solución estaría de manera exclusiva en el propio Tribunal Constitucional.

En el artículo VIII del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004) reza: “*El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente*”. Aquí estamos ante el contenido del derecho que corresponde aplicar a un determinado proceso. Conforme a esta norma, el juez debe aplicar el contenido del derecho aplicable al proceso, sin importar si dicho contenido haya sido advertido por las partes. Esta norma sintoniza con la idea de que la decisión jurisdiccional lo es, siempre y cuando se funde en derecho. El tema de la correcta aplicación del derecho, corresponde garantizar al jurisdiccional. Las partes luego de exponer los hechos que a su juicio vulneran su derecho, debe invocar la norma que corresponde aplicar; sin embargo puede darse el caso que no lo haya invocado o que lo haya realizado erróneamente; en estos casos el jurisdiccional deberá aplicar la norma que corresponda.

aplicación correcta del derecho. Es decir que con el Precedente Vinculante, puede el Tribunal Constitucional, garantizar que el jurisdiccional tenga la mayor seguridad de saber invocar adecuadamente el derecho, frente a determinados hechos atentatorios a su dignidad. Se garantizaría además la imparcialidad del jurisdiccional, dado que este no podría sustraerse al contenido del precedente vinculante, en el mismo que se ha precisado el derecho a aplicar frente a un hecho determinado. En suma, el precedente vinculante estaría contribuyendo en la Tutela jurisdiccional de los derechos del justiciable.

En el artículo IX del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237,2004) reza: *“En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina”*. Aquí tenemos 5 contenidos del derecho: 1) ley procesal constitucional, 2) leyes procesales afines a la ley procesal constitucional, 3) jurisprudencia, 4) principios del derecho procesal y 5) la doctrina. Ahora bien cada uno tiene sus límites para su aplicación. El contenido “1)” tiene su límite en las normas constitucionales, es decir que su aplicación depende de la conformidad con la Constitución. El contenido “2)” es de carácter supletorio, es decir que su aplicación es posible, si y solo si, existe vacío o defecto del contenido “1)” y siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. El contenido “3)”, “4)” y “5)”, se aplicará, si y solo si, existe defecto en las normas supletorias.

La ley procesal constitucional establece los causes para que el justiciable haga valer su derecho, mediante los procesos constitucionales. Sin embargo estos causes pueden tener vacíos o defectos, que bien pueden ser subsanados con la emisión de un Precedente Vinculante. Siendo así, antes de aplicar supletoriamente causes afines a los establecidos por el Código Procesal Constitucional, el jurisdiccional deberá observar la existencia de algún Precedente Vinculante, con el cual se haya subsanado el vacío o defecto. En relación a los procesos constitucionales, la idea de emitir un Precedente vinculante es

defender tales derechos y más si se trata derechos fundamentales. En efecto el Tribunal Constitucional, tiene en principio con el Precedente Vinculante, la forma de llenar vacíos y subsanar defectos; y si ello no es así será de aplicación el artículo IX del Código Procesal Constitucional.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Legislativo 767, reza: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”. Aquí estamos ante un contenido del derecho específico: *precedentes jurisprudenciales de las salas especializadas del Corte Suprema del Poder Judicial*. Estos precedentes contienen principios que deberán ser cumplidos en todas las instancias judiciales. Este contenido constituido por principios jurisprudenciales, que no es sino criterios acordados; no es de carácter supletorio respecto a otro contenido aplicable en sede judicial, es un contenido que es de observancia obligatoria y directamente aplicable. Su inaplicación por las instancias judiciales debe ser excepcional y motivada; y solo la Corte suprema puede dejar sin efecto este contenido del derecho y modificarlo por otro.

Sin embargo el discurso del artículo en cuestión, tiene un punto de quiebre, cuando existe un precedente del Tribunal Constitucional, que contiene una regla, que puede ser contraria a la ejecutoria suprema. Estaríamos ante la contradicción entre criterios emitidos por las máximas instancias jurisdiccionales: el Tribunal Constitucional vs la

de Justicia. Ello en función de dos argumentos fuertes tales como: 1) El precedente del Tribunal Constitucional es vinculante erga omnes, en tanto que el Precedente de la Corte Suprema es vinculante para todos los órganos del Poder Judicial; y 2) El Tribunal Constitucional, es el máximo intérprete de la Constitución y por ende de las Leyes.

El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, reza: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Aquí podemos identificar tres contenidos del derecho: 1) la ley, 2) principios generales que inspiran el derecho peruano y 3) principios generales del derecho en general. El precepto en cuestión impone al jurisdiccional, ciertos límites. Así a falta del contenido “1)” el jurisdiccional debe aplicar el contenido “2)” y “3”, con preferencia del contenido “2)”. Tal y como se puede advertir, los contenidos 2” y 3”, tiene carácter supletorio.

Sin embargo, ante la existencia de un precedente vinculante, los principios y el derecho consuetudinario, deben esperar su turno de aplicación. Si bien la norma constitucional refiere que ante el vacío o defecto de la ley se debe aplicar los principios generales y el derecho consuetudinario; sin embargo debemos tener en cuenta, como ya lo habíamos señalado antes, que el precedente vinculante del Tribunal Constitucional es una regla de derecho que se incorpora al contenido normativo y que su aplicación es directa; y siendo así, los principios y el derecho consuetudinario se aplican en caso de vacío o defecto de las reglas de derecho, contenidas en las normas legales y en los precedentes vinculantes.

2.8. Justificación para la emisión de un precedente.

¿Bajo qué *presupuestos*, el Tribunal Constitucional peruano emite un *precedente vinculante*? La respuesta a esta pregunta es de vital importancia, pues el Tribunal Constitucional, para emitir un precedente vinculante, debe sujetarse a ciertos presupuestos, de modo tal que la excepcionalidad en la labor del Tribunal Constitucional no esté en cuestionamiento. De esta manera, los presupuestos constituyen en límites de fondo para la labor legislativa del Tribunal (excepcional por

tradición. En efecto señala que *“En la clásica tradición del Common Law norteamericano, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura a la que por excelencia se dirige el mensaje del precedente jurisdiccional; a saber:*

- 1. En primer lugar, la Corte dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.*
- 2. La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.*
- 3. Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del overruling)”⁵².*

A criterio del Tribunal Constitucional, estos presupuestos, bien podrían utilizarse en nuestro caso; no obstante teniendo en cuenta el diseño de nuestros procesos constitucionales, considera sumar un presupuesto a los ya establecidos por la Corte Suprema norteamericana⁵³. “En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos

⁵²Véase el fundamento 37 de la STC N° 3741-2004-AA/TC.

⁵³En el fundamento 38 de sentencia el Tribunal Constitucional señala: “La incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro derecho comparte la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica. Si bien, *prima facie*, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos. Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados”. En el fundamento 39 señala: “En el derecho comparado se advierten diferentes mecanismos que permiten que los propios tribunales puedan autoplantearse, de oficio, un proceso de inconstitucionalidad a efectos de pronunciarse, con efectos generales, sobre una ley que ha sido, en principio, impugnada a través de un proceso de tutela de un derecho fundamental como el amparo. Así, en el caso español, cuyo sistema de jurisdicción constitucional puede considerarse, *prima facie*, muy semejante al nuestro, se establece, en el

en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

- a) *La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.*
 - b) *La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.*
1. *Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.*

artículo 52.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la llamada “autocuestión de constitucionalidad” que permite “convertir” un amparo en un proceso de inconstitucionalidad, permitiendo, de este modo, la emisión de una sentencia con efectos generales que podría eventualmente declarar inválida una ley por contravenir la Constitución”. Finalmente el fundamento 40 señala: “Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este Colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir estas deficiencias legales, permitiendo optimizar la defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia a este Colegiado. Por tanto, un supuesto adicional a los señalados por la Corte Suprema Americana, para el establecimiento de un precedente, puede configurarse, en el caso nuestro, a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constata, además, que los efectos dañinos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es de este forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predictibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales”.

2. *Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante*”⁵⁴.

Debemos precisar que en su discurso contenido en la sentencia bajo comentario - STC N° 3741-2004-AA/TC – precisa que son cuatro los presupuestos, es decir uno más que los establecidos en el Common Law norteamericano; sin embargo cabe resaltar que conforme a sus sentencia N° 0024-2003-AI/TC; precisa que son cinco los presupuestos a saber: 1) *Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios;* 2) *Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma;* 3) *Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo;* 4) *Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas y* 5) *Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.*

A efectos de evitar imprecisiones al respecto, es menester analizar tal cuestión a efectos de dar una mayor precisión sobre el tema de los presupuestos. Analizando los presupuestos en el Common Law norteamericanos podemos señalar que están referidos a lo siguiente: 1) Conflictivos o contradictorios en la labor Jurisdiccional, 2) Vacío normativo, 3) Necesidad de cambiar de precedente vinculante. Analizando los presupuestos precisado en la STC N° 3741-2004-AA/TC, debemos señalar que están referidos a: 1) Conflictivos o contradictorios en la labor Jurisdiccional, 2) Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, 3) inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que supone una afectación la tente para los derechos fundamentales y 4) Necesidad de cambiar de precedente vinculante. Finalmente analizando los presupuestos precisados en la N° 0024-2003-AI/TC, debemos señalar que están referidos a: 1) Conflictivos o contradictorios en la labor Jurisdiccional, 2) Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, 3) Vacío normativo, 4) Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias

posibilidades interpretativas y 5) Necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Tal y como se puede advertir, en principio, podríamos afirmar que para nuestro caso (peruano), habrían seis presupuestos para que el Tribunal Constitucional pueda emitir un precedente, que efecto serían: 1) Conflictivos o contradictorios en la labor Jurisdiccional, 2) Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, 3) Vacío normativo, 4) Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades interpretativas, 5) inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que supone una afectación la tente para los derechos fundamentales y 6) Necesidad de cambiar de precedente vinculante; Sin embargo consideramos que el presupuesto referido a la “ inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que supone una afectación la tente para los derechos fundamentales” – 5) presupuesto – bien podría subsumirse en el presupuesto referido a “Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades interpretativas”-4) presupuesto. Tal consideración se explicara en la medida que se estudie cada uno de los supuestos.

Siendo así, debemos puntualizar entonces que para nuestro caso, si bien se tienen en cuenta los presupuestos establecidos en el Common Law norteamericano, habría que sumarle dos presupuestos adicionales – “Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad” y “Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades interpretativas”- esto debido a la naturaleza de nuestro derecho en general y en particular en el diseño de nuestro proceso constitucional. Aunque, también debemos precisar que sin bien en el Common Law norteamericano, se ha precisado tres presupuestos, esto no es un tema cerrado; pues bien pueden establecer otros presupuestos a partir de su jurisprudencia en pro de optimizar la tutela de los derechos. Cuestión similar puede acontecer en nuestro caso; empero se los ha precisado por exigencia de la presente investigación. En adelante, es menester profundizar en el análisis de cada uno de los presupuestos.

a) Conflictivos o contradicciones en la labor jurisdiccional.

En efecto iniciaremos por el primero de ellos: *1) Conflictivos o contradictorios en la labor jurisdiccional*. Definitivamente en el plano teórico en un Estado Constitucional de

Tesis publicada con autorización del autor
Derecho, no pueden existir conflictos o contradicciones en la labor jurisdiccional; dado
No olvide citar esta tesis

UNFV

que toda persona tiene derecho a la igualdad frente a la tutela jurisdiccional. En efecto no solo tenemos derecho a una igualdad ante la ley, también ante la labor jurisdiccional. De este modo el Tribunal Constitucional ha señalado que deberá emitirse un precedente vinculante *“cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios”* (STC N° 3741-2004-AA/TC).

El derecho a la igualdad frente a la tutela jurisdiccional, también puede denominarse como derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley; este derecho es una faceta del derecho continente que es el derecho a la igualdad prescrita en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución⁵⁵. El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia explica que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: 1) la igualada ante la ley y 2) la igualdad ante la aplicación de la ley. La primera constituye un límite al legislador, mientras que la segunda se configura como límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales⁵⁶.

La idea de emitir un precedente en este supuesto, es que en la decisión jurisdiccional en sede judicial o administrativa, se sustente en concepciones o interpretaciones uniformes, de tal modo que la igualdad frente a la labor jurisdiccional esté garantizada. La uniformidad en las concepciones o interpretaciones, exige la necesidad de que el ordenamiento en su totalidad sea objeto de una comprensión homogénea por quienes ejercen funciones jurisdiccionales. En ese sentido el Tribunal Constitucional como institución de cierre en la labor jurisdiccional en un Estado Constitucional de derecho tiene el deber de uniformizar la comprensión de ordenamiento jurídico.

b) Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad.

⁵⁵ Artículo 2 de la Constitución.- Toda persona tiene derecho: (...).

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

(...)
⁵⁶ STC N° 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123 -124.

Respecto al presupuesto b) - Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad – debemos señalar en principio que el bloque de constitucionalidad, son los parámetros normativos, conforme a los cuales se puede analizar o precisar la validez de las normas. En ese sentido hay que destacar que no solo las normas constitucionales forman parte del bloque de constitucionalidad, pues además lo forman las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona⁵⁷.

Este pronunciamiento tal y como lo ha expresado el tribunal Constitucional se sustentaba en los artículos 46 y 47 de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, cuyo contenido ha sido recogido en el artículo 79 de la Ley N° 28237, que aprueba el Código Procesal Constitucional, que expresamente dispone que *“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”*⁵⁸.

Rescata asimismo el Tribunal Constitucional que las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos. Precisa también que dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él⁵⁹.

En efecto tal como ha referido el Tribunal Constitucional el parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad, en algunos casos comprende a otras fuentes distintas de la Constitución; en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de ‘normas sobre la producción jurídica’ en un doble sentido; por un lado, como ‘normas sobre la forma de la producción jurídica’, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como ‘normas sobre el contenido de la normación’; es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”. Esta capacidad que tienen las fuentes que formalmente no son constitucionales es lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad, y, por ello, “La interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional no sólo abarca las normas constitucionales propiamente dichas, sino que se extiende a todas las demás comprendidas en el denominado bloque de constitucionalidad”⁶⁰

Explicado el discurso sobre las normas del bloque de constitucionalidad - a partir de la jurisprudencia constitucional - debemos referir que la interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, constituye en presupuesto para emitir un precedente vinculante, por cuanto general el problema a la hora de establecer la validez de una norma sometida al control constitucional. La eficacia del control constitucional, precisa de una uniformidad en la interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad. Si estas, con ocasión de la praxis jurisdiccional, viene interpretándose erróneamente, el Tribunal Constitucional, estará legitimado para realizar la corrección debida, dado que es el máximo intérprete de la constitución.

c) Vacío normativo.

Respecto la validez del tercer presupuesto - c) Vacío normativo – debemos señalar que todo esfuerzo por diseñar el derecho, de tal modo que no tenga vacío alguno es una labor sencillamente imposible; de modo tal que ha sido necesario, encontrar mecanismos para llenar los vacíos presentes en el derecho. En efecto el Tribunal Constitucional, a través del precedente vinculante va llenando los vacíos normativos. De

allí que la emisión del precedente vinculante en virtud de este presupuesto, se sustente en los podemos llamar: principio de plenitud jurídica.

El Tribunal Constitucional respecto a la plenitud jurídica ha establecido lo siguiente: “El ordenamiento es completo en el sentido de que el Estado garantiza que todo conflicto de intereses que se presente tendrá una solución, aunque para ello se tenga que razonar a base de elementos ajenos al derecho positivo. En puridad, significa que todo ordenamiento debe considerarse hermético y completo, esto es, sin vacíos, por lo que estos solo existen como *lagunas normativas*, las cuales deben ser cubiertas. Un ordenamiento es pleno en la medida que contiene una norma, principio, valor o modo de integración que, en buena cuenta, permite cualquier caso o situación de naturaleza jurídica que se presente en la sociedad”⁶¹.

Las decisiones fundadas en derecho, efectivamente necesita de un derecho sin vacíos normativos. No hay decisión jurisdiccional si no existe previamente una norma jurídica, entendida esta como regla jurídica. De allí que los esfuerzos por tratar de llenar estos vacíos normativos, mediante mecanismos como la analogía, el principio de que el juez conoce el derecho, interpretación integral de las normas, recurrencia a los principios generales, a la costumbre, a la doctrina, etc. Conforme a un diseño legalista del derecho, el legislador es el creador por excelencia de las reglas de derecho; de allí se extraen las normas para la decisión jurisdiccional; no obstante, en defecto de la labor del legislador los aplicadores del derecho, tienen el deber de dar cuenta de los vacíos al Legislador y este tendrá que resolver tal situación (véase el artículo X del Título Preliminar del Código Civil). Sin embargo esperar la solución en la labor del legislador, traería inconvenientes por el tiempo en que debe cumplirse los formulismos legales.

Frente a esta cuestión, un diseño constitucionalista da mayor eficacia al tema en cuestión. El precedente vinculante del Tribunal Constitucional, trata de resolver este problema mediante la emisión de precedentes vinculantes. La idea es crear una regla de derecho, que de por si es urgente para la solución de un caso concreto y actual. Siendo así la labor del Tribunal Constitucional, es actuar como legislador positivo de manera excepcional. Su labor frente a la labor del legislador, no es sustitutoria, sino

complementaria.

Para mayor claridad es menester analizar al precedente vinculante dentro del contenido normativo, al cual pertenece. En efecto tal como se ha precisado, el *contenido normativo*, en principio es creado por el constituyente, en base a ello el legislador crea el *contenido normativo infra constitucional*. Sin embargo ante el vacío o deficiencia la labor del legislador, el precedente vinculante, complementa este contenido, es decir se incorpora para lograr un contenido normativo más completo, que coadyuve a la labor de los aplicadores del derecho. Con esto, debe quedar en claro que los creadores del contenido normativo del derecho son en principio el constituyente y el legislador; sin embargo complementariamente, el Tribunal Constitucional puede crear contenido normativo a través del precedente vinculante.

No hay objetivos, concurrentes. Es de explicar que el objeto del constituyente, es sentar las bases del ordenamiento jurídico, el objeto del legislador es dar contenido y aplicabilidad al ordenamiento jurídico, y la labor del Tribunal Constitucional, a través de precedente vinculante, es complementar la labor del legislador. De este modo lo que se busca es la plenitud jurídica, de modo eficaz. Cabe precisar que, frente al resultado de la labor del constituyente – la Constitución – el Tribunal Constitucional no adiciona norma constitucional alguna, sino que los interpreta para los efectos de posibilitar la aplicabilidad; en cambio frente al resultado del legislador – la ley- el Tribunal, puede adicionar una norma legal a través del precedente vinculante. El hecho de crear una regla de derecho, no es una labor ordinaria del Tribunal Constitucional, lo hace de manera excepcional, cuando exista vacío o defecto en labor del legislador; y siempre sobre la base del contenido constitucional por vía argumentativa.

Tal y como ya se ha tenido la oportunidad de señalar en nuestro marco teórico el Tribunal Constitucional, al crear una regla de derecho, mediante el precedente vinculante, no significa que está complementando la labor del constituyente, pues la facultad de crear reglas de rango constitucional, está reservada exclusivamente al constituyente; sí en cambio, complementa a las reglas de derecho contenidas en las normas legales. El resultado de la labor del constituyente es el límite para la labor del

Tribunal Constitucional.

Finalmente debemos señalar que si existiera ley aplicable para todos los casos, en realidad no hubiera la necesidad de crear precedentes con efectos normativos. Sin embargo existen defectos y vacíos en labor del legislador, y a efectos de una eficaz tutela de los derechos es necesario complementar dicha labor a través de los precedentes vinculantes. De este modo el precedente vinculante se convierte en un instrumento que al complementar a la ley, contribuye a la eficaz tutela jurisdiccional de los derechos; y eso básicamente radica la validez de este supuesto para emitir un precedente vinculante.

d) Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

Respecto a la validez del cuarto supuesto: *d) Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades interpretativas*; debemos señalar que la unicidad interpretativa, constituye una garantía para la igualdad frente a la decisión jurisdiccional o tutela jurisdiccional. Todo contenido normativo – entendido como regla de derecho – es objeto de interpretación; y la misma, no puede ser dispar dependiendo del juzgador; toda vez que existiría tutelas diferentes para el justiciable. Las reglas de derecho necesitan definitivamente ser interpretadas para su aplicación a un caso concreto; el supuesto para emitir el precedente vinculante es que estas reglas no hayan sido interpretadas jurisdiccionalmente y además que existan varias posibilidades interpretativas. Es decir que mediante el Precedente vinculante del Tribunal Constitucional – regla de derecho - se busca la unicidad interpretativa de una regla de derecho para la aplicación a un caso concreto.

El presente supuesto, no debe confundirse con el primer supuesto: *a) Conflictivos o contradictorios en la labor jurisdiccional*. En el primer supuesto es posible emitir un precedente vinculante, cuando *la regla de derecho ha sido objeto de interpretación jurisdiccional, pero que no es uniforme en los juzgadores.*; en cambio en el presente supuesto se emitirá precedente cuando *no existe interpretación por el jurisdiccional y a su vez existen varias posibilidades interpretativas de la regla de derecho en cuestión*. Este supuesto constituye un problema dado que los aplicadores del derecho se encuentran ante una regla de derecho, de la cual se extrae varias posibilidades

Constitucional, este debe emitir un precedente vinculante – regla de derecho – para dar unicidad interpretativa de la regla jurídica en cuestión.

En este supuesto el Tribunal Constitucional, al ser el máximo intérprete de la Constitución y por ende de la Ley, no puede dejar de resolver éste problema. Tal y como se puede apreciar, no estamos ante un vacío legislativo, estamos ante un vacío interpretativo jurisprudencial, y frente a ello el Tribunal Constitucional deberá complementar la labor jurisdiccional, creando una regla de derecho – Precedente vinculante – que pueda dar unicidad interpretativa a otra regla de derecho para su aplicación al caso en concreto. Siendo esto así, la validez de este supuesto, no puede ser cuestionada.

e) Necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Respecto al quinto presupuesto: *e) Necesidad de cambiar de precedente vinculante*; tal y como hemos podido advertir, el precedente vinculante del Tribunal Constitucional, es una regla de derecho excepcional destinadas a: 1) uniformizar la labor jurisdiccional; 2) establecer la interpretación idónea, correcta o conforme a la constitución de una del bloque de constitucionalidad; 3) llenar vacíos normativos; 4) dar unicidad interpretativa a una regla de derecho carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades interpretativas. El problema se presenta cuando el precedente vinculante – regla de derecho- ya no cumple con los objetivos delimitados. Presentado este problema, el Tribunal deberá cambiar el precedente vinculante.

Téngase en cuenta que los objetivos a cumplir, son propios a la labor del Tribunal Constitucional. Esta es la razón por la cual, sólo el Tribunal deberá cambiar de precedente cuando advierta que con el mismo no se cumplen dichos objetivos. Teniendo en cuenta los alcances que se ha dado en la presente investigación sobre el tema; la validez de este presupuesto no exige mayor argumentación.

3.1. Determinación conceptual.

Para los efectos de la presente investigación, necesitamos determinar, a que nos referimos por *Indeterminación del derecho*. De modo que el objeto en este primer apartado es tener o contar con una determinación conceptual de lo que es Indeterminación del derecho. Sobre la base de este concepto se ha de desarrollar las otras variables que tienen relación con ésta, en la medida que complementan a su entendimiento.

¿A que nos referimos por indeterminación del derecho? Es el punto que nos importa intentar resolver. Para ANGELES RÓDENAS, es usual utilizar el término *indeterminación* en referencia a una característica del derecho y que se puede hablar de varios sentidos diferentes, precisando como los principales a los siguientes: i) indeterminación a defectos lógicos: lagunas y antinomias; ii) indeterminación lingüística de las normas: ambigüedad y vaguedad; iii) conceptos jurídicos indeterminados; e iv) indeterminación debido a problemas de coherencia normativa o congruencia⁶². Desde esta perspectiva la indeterminación del derecho se debe a defectos tales como: lógicos, lingüísticos, de concepto, incoherencia o incongruencia. Al respecto veamos cómo trata de explicar estas causas y a partir de allí tratar de definir cuando estamos frente a la indeterminación del derecho.

Respecto al primer punto – indeterminación a defectos lógicos: lagunas y antinomias - ANGELES RÓDENAS señala: “la indeterminación en esta acepción afecta a cuestiones de regulación o calificación deóntica. El derecho resulta indeterminado porque no podemos precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones. Esta indeterminación puede tener su causa bien en problemas de consistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud”⁶³. Identifica como defectos lógicos a las lagunas y las antinomias. Respecto a las lagunas, ALCHOURRÓN Y BULYGIN, citado por el autor en referencia han propuesto distinguir tres conceptos distintos: los de laguna normativa, laguna axiológica y laguna de reconocimiento. Así existen lagunas normativas, cuando en un sistema normativo no contiene una norma que correlacione un

caso con una solución; lagunas axiológicas, cuando el sistema normativo si contiene una norma que soluciona el caso, pero si tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debería tomarse en cuenta como relevante; y laguna de reconocimiento cuando por falta de determinación semántica de los términos empleados en la configuración de un cierto caso genérico, resulta dudoso si el caso individual o menos genérico resulta subsumible en él. Respecto a las antinomias, el autor en referencia señala lo siguiente: “Hablamos de antinomia o contradicción cuando dos reglas jurídicas correlacionan el mismo caso con soluciones normativas incompatibles”⁶⁴.

Respecto al segundo punto - Indeterminación lingüística de las normas: ambigüedad y vaguedad - ANGELES RÓDENAS señala: “La indeterminación lingüística supone que no es posible identificar qué es lo que el derecho requiere debido a problemas de lenguaje mediante el que éste se expresa. La indeterminación lingüística puede tener su origen tanto en problemas de ambigüedad como en problemas de vaguedad”⁶⁵. La ambigüedad es un problema de términos, conforme al autor en referencia, tendría lugar a problemas semánticos, sintácticos y pragmáticos. Habrá ambigüedad semántica cuando un mismo término es susceptible de asumir diferentes significados; ambigüedad sintáctica, cuando hay un problema en la estructura lógica de los enunciados, es decir, a modo en que las palabras están conectadas entre sí; y ambigüedad pragmática un mismo enunciado puede cumplir diferentes usos o funciones, sin que el contexto sea posible esclarecer de qué uso se trata⁶⁶. Vaguedad, es un problema de conceptos; según el autor es problemas de vaguedad extensional y vaguedad intencional; el primero existe cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y el segundo, cuando

⁶⁴Ibidem, p.23 – 27.

⁶⁵Ibidem, p.27 y 28.

⁶⁶Ibidem, p.28. Para el caso de la ambigüedad semántica pone como ejemplo el término “Diputado” en el enunciado que reconoce el derecho a la inmunidad parlamentaria de los diputados; pues hay indeterminación en tanto que no se sabe si con el término se refiere sólo a los diputados de las cortes generales o también a los distintos parlamentos autónomos o del parlamento europeo. Par el caso de la ambigüedad sintáctica pone como ejemplo los términos “que hayan superado las pruebas de acceso”, en el enunciado que expresa “podrán matricularse en la facultad de derecho aquellos alumnos procedentes de bachillerato que hayan aprobado la selectividad y los mayores de veinticinco años que hayan superado las pruebas de acceso; pues los términos identificados dentro de la estructura del enunciado, puede referirse sólo a los mayores de 25 años o también a los estudiantes procedentes del bachillerato que hayan probado la selectividad. Para el caso de la ambigüedad pragmática pone como ejemplo que del enunciado “corresponde al decano convocar la junta de Facultad”, podría entenderse bien como: 1) el establecimiento de una condición necesaria y/o suficiente par la convocatoria de la Junta de facultad o 2) bien como una norma de mandato que obliga al al Decano a convocar la facultad de la Junta de Facultad, o 3) bien como una norma permisiva que le permite convocarla.

no queda claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan⁶⁷.

Respecto al tercer punto - Conceptos jurídicos indeterminados - ANGELES RÓDENAS desarrolla un tipo específico de vaguedad, respecto del cual señala: “es la que se produce con todos los conceptos valorativos, como son los conceptos jurídicos indeterminados o los conceptos esencialmente controvertidos”⁶⁸. Los Conceptos jurídicos indeterminados a entender del autor en referencia, es un tipo específico de vaguedad, debido no a una dificultad estrictamente semántica, sino a un conflicto valorativo, problema de conceptos interpretativos originados en desacuerdos de carácter político y moral, como por ejemplo el concepto de “trato inhumano o degradante”. RODENAS, precisa al respecto que los conceptos indeterminados es una característica de los sistemas jurídicos tradicionales; según entiende aquí, el legislador, conscientemente, abre una puerta de entrada a los juicios de valor en el derecho, renunciando a regular los casos mediante propiedades descriptivas y requiriendo del aplicador del derecho el esclarecimiento de las mismas a partir de consideraciones basadas en juicios de valor⁶⁹.

Respecto al punto cuarto - Indeterminación debido a problemas de coherencia normativa o congruencia - ANGELES RÓDENAS, a este sentido de indeterminación hace alusión a “aquellos conflictos entre planteamientos relativos a los valores y fines que el derecho incorpora; son problemas que (...) solo es posible saldar con la derrota de alguna norma del sistema”⁷⁰. Aquí el autor advierte que para entender este tipo de indeterminación, es necesario entender el derecho desde otra perspectiva, contemplado no sólo en su función de guía unitaria de la conducta, es decir como un mecanismo para el establecimiento unívoco de cuáles son nuestros deberes, sino sobre todo, como una forma de protección de un cierto sistema de bienes o valores jurídicos. Explica que aquí, es perfectamente posible hablar de indeterminación del derecho debido a problemas de coherencia normativa sin que los términos contenidos en las normas adolezcan de ningún tipo de vaguedad conceptual.

⁶⁷Para el caso de la vaguedad intencional, pone como ejemplo el enunciado que expresa “se considerará punible la tenencia de droga en cantidad suficiente para el tráfico”; aquí la noción de “cantidad suficiente para el tráfico” resulta intencionalmente vaga dado que no hay como determinar el límite de una cantidad de droga destinada al consumo y una cantidad destinada al tráfico.

⁶⁸Ibidem, p.30.

⁶⁹Ibidem, p.31.

⁷⁰Ibidem, p.32.

Interpretando a JOSEP M. VILAJONASA, entiende que la indeterminación del derecho es un problema presente en la labor jurisdiccional a la hora de identificar la norma concreta y aplicarlo al caso sometido a su conocimiento. De este modo, sostiene que los problemas que afectan a la determinación de la norma concreta que el juez debe aplicar pueden ser divididos en tres clases: i) problemas de interpretación; ii) problema de subdeterminación: Lagunas y iii) Problemas de sobredeterminación⁷¹.

Respecto al primer punto – problemas de interpretación- explica que existe problema de interpretación debido a problemas presentes en el objeto de la interpretación – el texto normativo – como son la ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje. Precisa que los textos normativos están formulados en lenguaje natural y que los problemas que presenta este tipo de lenguaje se trasladan a la actividad de interpretación jurídica, la cual consiste precisamente en la atribución de significado a los textos normativos⁷². Recuerda que en lenguaje natural, aun cuando sea técnico no se convierte en lenguaje formal, como las matemáticas y la lógica el cual se caracteriza por carecer de ambigüedad y vaguedad⁷³.

Siguiendo con el primer punto, otra cuestión que advierte el autor en referencia, es respecto a la discusión sobre las teorías de la interpretación jurídica, que a su juicio existen tres concepciones diferentes: a) cognoscitivista, b) no cognoscitivista e c) intermedia. Explica que para la posición cognoscitivista, interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, *detectar* el significado de F, *informando* que F tiene el significado S. Para la posición no cognoscitivista, interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, *adjudicar* un significado de F, *estipulando* que F tiene el significado S. Finalmente para la posición intermedia, interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S, o interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, adjudicar un significado de F, estipulando que F tiene el significado S⁷⁴. Dicho a nuestro modo, hay tres formas distintas de interpretar: a) detectando el significado del texto legal, b) adjudicando un significado al texto legal y c) detectando el significado

⁷¹JOSEP M. VILAJONASA (2007). “Identificación y Justificación del Derecho”, p.89 -121.

⁷²Ibidem, p. 93-98.

⁷³Ibidem, p. 98-99.

⁷⁴Ibidem, p. 100-108.

del texto legal o adjudicando un significado al texto legal. El problema a todo esto es: ¿Cuál es la forma correcta de interpretar?.

Siguiendo con el primer punto, el autor también plantea la cuestión referida a “la vaguedad y la moral: los conceptos esencialmente controvertidos”⁷⁵. En efecto advierte lo siguiente: “Muchos de los conceptos morales que solemos utilizar de manera corriente son esencialmente controvertidos, especialmente los denominados *densos*, que son aquellos que tiene un sólido componente descriptivo en una determinada sociedad, como por ejemplo, los conceptos de honesto y valiente (.....) En estos casos se plantea el problema de si hay que incorporar pautas de moralidad a la hora de identificar el contenido de estos conceptos, y, por tanto, a la hora de identificar el derecho”⁷⁶.

Respecto al segundo punto - problema de subdeterminación: Lagunas – explica que existe una laguna si en un supuesto de hecho no está correlacionado con ninguna consecuencia jurídica⁷⁷. Frente a esta cuestión presente en los ordenamientos jurídicos el autor se pregunta ¿Cuál es la calificación normativa de estos comportamientos?, ¿Cómo deben decidir los jueces en los casos de laguna?⁷⁸. Al respecto explica que en la teoría jurídica se ha considerado que determinados argumentos pueden servir para colmar las lagunas, por ejemplo, el argumento a contrario y el argumento por analogía⁷⁹.

En relación al primer argumento – argumento a contrario – refiere que hay varias versiones, pero que tal vez la más empleada sea la que considera que del hecho de que una norma atribuya una determinada consecuencia normativa a una determinada clase de sujetos debe entenderse que sólo a esta clase de sujetos y no a otros debe aplicarse aquella consecuencia normativa⁸⁰. En relación al segundo argumento – argumento por analogía – enseña que tal argumento tiene una estructura, la cual en primer lugar, se parte de que un determinado supuesto de hecho o caso (C1) no está regulado por las normas de un determinado sistema jurídico, es decir que no viene establecida una solución normativa, lo que significa que existe una laguna normativa; en segundo lugar, se asume que otro supuesto de hecho o caso (C2), que guarda con el anterior una

⁷⁵Ibidem, p.108-110.

⁷⁶Ibidem, p.109.

⁷⁷Ibidem, p.110.

⁷⁸Ibidem, p.111.

⁷⁹Ibidem, p.112.

⁸⁰Ibidem.

semejanza relevante, sí que está regulado en ese mismo sistema (éste establece una determinada solución normativa); en tercer lugar, se concluye que por analogía hay que atribuir a aquel primer supuesto (C1) la solución normativa que el sistema jurídico contempla para el segundo (C2)⁸¹.

En torno a estos dos argumentos el autor en referencia, explica que son argumentos creadores de normas y es precisamente a través de la creación judicial que se puede colmar una laguna que previamente se ha detectado, y que en tal caso puede decirse que la decisión del juez es discrecional⁸². Si esto es así el problema que advertimos es ¿si es discrecional, como podría existir uniformidad de las decisiones jurisdiccionales, en casos con semejanza relevante?

Finalmente respecto al tercer punto – Problemas de sobredeterminación – el autor hace referencia, por tal, a los conflictos normativos (antinomia o contradicción normativa). En efecto explica que hay una antinomia o contradicción normativa en relación con un determinado sistema jurídico si en un determinado supuesto de hecho está correlacionado con al menos dos soluciones incompatibles entre sí⁸³. Frente a esta cuestión el autor explica que el derecho positivo y la teoría del derecho han ido desarrollando determinados criterios para resolver estas antinomias, y precisa que las más importantes y conocidos son tres: a) *Lex posterior derogat legi priori*: criterio cronológico, b) *Lex superior derogat legi inferiori*: criterio jerárquico y c) *Lex specialis derogat legi generali*: criterio de especialidad. Precisa también que entres estos criterios pueden entrar en conflicto, y precisa tres casos: a) conflicto entre el criterio cronológico y el jerárquico, b) conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico y c) conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad⁸⁴.

En relación al primer conflicto - Conflicto entre el criterio cronológico y jerárquico- el autor explica que tiene lugar cuando una norma anterior y superior es incompatible con una norma posterior e inferior. En tal caso a su juicio prevalece el criterio jerárquico. De este modo puntualiza que el alcance del criterio cronológico solo vale entre normas

⁸¹Ibidem, p.113.

⁸²Ibidem, p.113 y114.

⁸³Ibidem, p.114.

⁸⁴Ibidem, p.114 y115.

del mismo rango jerárquico⁸⁵.

En relación al segundo conflicto – Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico – explica que tiene lugar cuando una norma anterior y especial es antinómica con una norma posterior y general. En tal caso a su juicio no hay solución general. En efecto para su resolución, explica que se debe apreciar si la norma posterior general contempló la posibilidad de casos más especiales y decidió no regularlos de diversa manera o, por el contrario, las razones de la regulación más específica todavía subsisten (cuando esto sucede suele decirse que “lex posterior generalis non derogat priori speciali”)⁸⁶.

En relación al tercer conflicto de criterios – Conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad – explica que se produce cuando una norma superior y general es incompatible con otra inferior y especial. En tal caso a su juicio, en principio, se concede mayor fuerza al criterio jerárquico, no obstante precisa que no faltan algunos supuestos en los cuales la jurisprudencia ha considerado que las razones que justifican la especialidad de cierta regulación la hace inmune a la prevalencia de la lex superior⁸⁷.

En torno a estos criterios, el autor sostiene que son un medio para acercar nuestros sistemas al ideal de consistencia del mismo, no obstante son imperfectos porque cuando no solventa la antinomia, se abre paso nuevamente a la discrecionalidad del juez para determinar la norma aplicable al supuesto de que se trate⁸⁸. Si esto es así el problema que advertimos nuevamente es ¿si es discrecional, como podría existir uniformidad de las decisiones jurisdiccionales, en casos con semejanza relevante?

Teniendo en cuenta este desarrollo doctrinario, ¿A que nos referimos con “la indeterminación del derecho”?, lo que sostendremos como idea inicial es que la indeterminación del derecho, aparece como un problema en la identificación y en la interpretación del derecho; siendo así es un problema que se presenta en la labor jurisdiccional, específicamente en la decisión jurisdiccional. Esto es así, en la medida que en la decisión jurisdiccional, son componentes esenciales, el contenido del derecho

⁸⁵Ibidem, p.115.

⁸⁶Ibidem.

⁸⁷Ibidem.

⁸⁸Ibidem, 115 y 116.

y la interpretación del mismo. De este modo para que un Juez tome una decisión jurisdiccional, en principio deberá identificar el derecho a partir de su contenido y luego interpretar dicho contenido.

De este modo, es de precisar que la identificación y la interpretación del derecho son dos variables de las cuales depende la variable “decisión jurisdiccional. El problema que se presenta en estas dos variables es que muchas veces resulta indeterminado; es decir que hay una situación de indeterminación en el contenido del derecho y en la interpretación del mismo, en palabras más sencillas y en el contexto de la labor jurisdiccional, vamos a decir que el Juez a la hora de aplicar el derecho a un caso concreto, se encuentra en la situación de no poder identificar con precisión el contenido del derecho y/o no saber de qué manera interpretarlo; esto hace que la decisión frente al caso se torne en difícil.

Las causas, de la indeterminación, como bien lo hemos podido advertir de la explicación doctrinaria de RODENAS y VILAJONASA, se encuentra en tanto en el contenido del derecho, como en la interpretación. Así para RODENAS la indeterminación del derecho tendría lugar debido a: i) indeterminación a defectos lógicos: lagunas y antinomias; ii) indeterminación lingüística de las normas: ambigüedad y vaguedad; iii) conceptos jurídicos indeterminados; e iv) indeterminación debido a problemas de coherencia normativa o congruencia; de estos los causas contenidas en los puntos “i” y “ii”, serían problemas en mayor medida en el contenido del derecho, en tanto que los puntos “iii” y “iv”, serían problemas, en mayor medida de interpretación. Para VILAJONASA, la indeterminación del derecho tiene lugar debido a: i) problemas de interpretación; ii) problema de subdeterminación: Lagunas y iii) Problemas de sobredeterminación; de estos el contenido en los puntos “ii” y “iii” serían un problema, en mayor medida, en el contenido del derecho.

Dicho todo esto, fijamos que la Indeterminación del Derecho, aparece como un problema para la Decisión Jurisdiccional, debido a problemas en la identificación e interpretación del derecho. En el contexto de lo desarrollado, el problema de la identificación del derecho, se debe a cuestiones relacionadas con el contenido del derecho, tales como ambigüedad, vaguedad, antinomias, lagunas, etc; en tanto que el problema de la interpretación, se debe a los distintos criterios de resolver el problema

existente en el contenido del derecho.

De este modo, partiendo de la idea de que la indeterminación del derecho, aparece como un problema en la identificación y en la interpretación del derecho, veamos por qué la identificación del derecho y la interpretación del mismo constituyen un problema. La identificación del derecho, consiste en una actividad tendiente a identificar el contenido del derecho relevante para la aplicación de un caso concreto. El “caso concreto” es el hecho relevante sometido al conocimiento de un jurisdiccional el cual deberá tomar una decisión, previa identificación del derecho relevante. Es de precisar que tanto el hecho como el derecho son componentes esenciales para la decisión jurisdiccional y su identificación no es una tarea simple. En vista de la relevancia para la presente investigación; no me detendré en averiguar y explicar por qué la identificación del hecho es un problema, en tanto sí porque la identificación del derecho es un problema. De este modo vamos a partir desde el momento en que el hecho ya se encuentra debidamente identificado; esto es que se sabe del hecho pero falta identificar el contenido del derecho que le resulta aplicable. ¿Cuál es el contenido derecho? ¿Qué es derecho y que no lo es? Son quizás la preguntas que importan resolver, para identificar el derecho. Esto como se verá más adelante dependerá de la concepción que se tenga del derecho.

La interpretación del derecho es una actividad que consiste en determinar el significado de un contenido determinado del derecho o adscribir un significado del mismo; con la finalidad de tomar una decisión jurisdiccional. Si para la identificación resulta un problema determinar el contenido del derecho, para la interpretación el problema es determinar el significado o adscribir uno; en ambas situaciones resulta una condicionante la concepción que se tenga del derecho como en efecto pasamos a ver en las líneas que sigue.

3.2. La Concepción del derecho en la Indeterminación del Derecho.

En virtud de lo expuesto en el punto anterior, entiendo por Indeterminación del Derecho, como un problema para la Decisión Jurisdiccional, debido a problemas en la identificación y/o interpretación del contenido del derecho. Entiendo por concepción del derecho, como posiciones teóricas en torno a la variable “Derecho”. Sobre lo dicho,

sostendré aquí que la identificación y la interpretación del derecho, y por ende el sentido en la decisión jurisdiccional, depende de la concepción que se tenga del derecho. Así, a modo de ejemplo veamos como el discurso de la Decisión Jurisdiccional, puede cambiar dependiendo de dos concepciones particulares del derecho: i) Teoría pura del derecho y ii) Teoría tridimensional del derecho.

La teoría pura del derecho, es sostenida por HANS Kelsen⁸⁹. El primer postulado para el análisis de la decisión jurisdiccional desde la óptica de la teoría en mención, sería que en la identificación del contenido del derecho, no habría más que remitirse al derecho positivo constituido por las normas jurídicas creada por la autoridad competente. Para ésta teoría el objeto del derecho es la norma jurídica, en la cual debe estar presente un supuesto de hecho y una consecuencia, ambos regidos por el principio de imputación y no por el de causalidad. Así un acto ilícito es seguido de una sanción, no por que inevitablemente sea así, sino porque existe una norma creada por un acto jurídico que prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. Esto no sucede en una relación de causalidad, donde si expones al fuego a un metal, la consecuencia inevitable es la dilatación del metal, y esto no por un actor jurídico creado sino por una ley natural. De esto se tiene que el jurisdiccional no puede aplicar una sanción sólo porque se ha cumplido un supuesto de hecho, lo hará siempre y cuando el derecho positivo o la norma positiva, prescribe tal sanción.

El segundo postulado relevante para el análisis de la decisión jurisdiccional, desde la óptica de la teoría pura del derecho, es que en la interpretación del derecho, sólo importaría las normas jurídicas y no las normas morales; pues derecho y moral son dos cuestiones distintas. Los juicios emitidos sobre la base de la moral, es distinto de los juicios emitidos sobre la base de la ciencia del derecho: 1) en base a la moral se puede emitir un juicio sobre la norma jurídica; en base al derecho sólo se puede emitir un juicio sobre los hechos; y 2) los juicios de valor fundados en la moral, tienen un carácter subjetivo, porque se fundan en una norma supuesta, en tanto que los juicios fundados en derecho, tiene un carácter objetivo, puesto que se fundan en una norma positiva o creada. De este modo, la decisión jurisdiccional, tiene que ser y no de otro modo, fundada en el derecho y no en la moral; es decir que la decisión jurisdiccional se

debe fundar sólo en el derecho positivo, sin importar que el contenido, sea o no moral. En otras palabras el contenido del derecho es el reconocido por el derecho positivo todo lo demás no es derecho; en consecuencia el límite para el jurisdiccional en la aplicación del derecho es el derecho positivo.

Un tercer postulado relevante para el análisis de la decisión jurisdiccional, desde la teoría pura del derecho, es que en la interpretación del derecho, no se tendría en cuenta la finalidad; pues el derecho es una técnica social y un medio, pero no un fin; y en tanto medio tiene por finalidad mantener el orden social, para tal efecto se atribuye el monopolio de la fuerza. El derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. La técnica consiste en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa que fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. El derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener. Bajo este discurso la decisión jurisdiccional, en nada tiene que preocuparse si será justa o injusta, pues la labor del juez está dirigida a aplicar el medio que es el derecho con la finalidad de mantener el orden social. El juez tiene en sus manos el medio y tiene que aplicarlo tal cual, sin siquiera analizar si dicho medio puede provocar una injusticia, pues la justicia no es la finalidad de su uso, sino el orden social. El orden social se logrará, evitando conductas nocivas a la sociedad, a través de la coacción o uso de la fuerza.

Teniendo en cuenta los tres postulados, podemos decir que desde la óptica de la teoría pura del derecho, la decisión jurisdiccional, al menos en teoría, no resulta una labor compleja pues en la identificación del contenido del derecho, y en la interpretación del mismo sólo importa el derecho positivo y todos lo demás sencillamente no cuenta. De esto se tiene que, todo lo que no esté prescrito por la autoridad competente simple y llanamente no es derecho y por lo tanto no incide en el acto de la interpretación. En este marco, la decisión jurisdiccional consiste en identificar e interpretar el derecho a partir del derecho positivo, constituido por las normas creadas por la autoridad competente.

pura del derecho, el objeto del derecho sería la norma jurídica; mientras que para la teoría tridimensional el objeto del derecho sería además de la norma jurídica, los hechos y los valores.

MIGUEL REALE⁹⁰, autor que sustenta la teoría tridimensional del derecho en un análisis en profundidad viene a demostrar que los diversos significados o acepciones del Derecho corresponden a tres aspectos básicos, discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: un aspecto normativo (el derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia); un aspecto fáctico (el derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica) y un aspecto axiológico (el derecho como valor de justicia). Sostiene al respecto que es una teoría que se funda en la demostración de que: donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor. Tales elementos o factores (hecho valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO⁹¹, sostiene que “El derecho no obstante requerir de una teoría del ordenamiento formal, no puede prescindir del dato de la vida humana social como tampoco puede dejar de lado la patencia axiológica de la intersubjetividad. El derecho resulta así una complejidad desde que su estructura se integra, en dinámica interacción unitaria, en un proceso sin tregua, por conductas humanas intersubjetivas, normas y valores jurídicos”⁹². No se consume en ninguna de aquellas dimensiones y es imprescindible su simultánea presencia; es decir que ninguna de las dimensiones por si mismas es derecho, ni tampoco es posible su aprensión total.

En este marco el primer postulado respecto a que en la identificación del contenido del derecho, no habría más que remitirse al derecho positivo constituido por las normas jurídicas creada por la autoridad competente, sería parcial; pues conforme a Teoría

⁹⁰ REALE MIGUEL. “Introducción al derecho”, p. 283

⁹¹ FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. “Derecho y persona”, p. 45-50.

⁹² Ibidem, p. 45

tridimensional, el derecho está constituido por tres elementos: i) hecho, ii) valor y iii) norma. Si esto es así, el postulado a partir de la Teoría tridimensional sería que en la identificación del derecho importa además de la norma creada por la autoridad competente, los hechos y los valores.

El segundo postulado desde la óptica de la Teoría pura es que en la interpretación del derecho, sólo importaría las normas jurídicas y no las normas morales, también sería parcial. Desde la óptica de la teoría tridimensional, es posible admitir que las normas morales importan en la interpretación del derecho; en tanto en éstas pueden estar presentes en los hechos y valores relevantes para una sociedad.

El tercer postulado desde la óptica de la Teoría pura es que en la interpretación del derecho, no se tendría en cuenta la finalidad, también resultaría parcial. Desde la óptica de la teoría tridimensional, la finalidad en la interpretación importa, pues la misma se encuentra presente en los valores de una sociedad.

Como se puede advertir, dependiendo de la concepción que se tenga del derecho, se puede entender al menos en teoría la complejidad o no de la decisión jurisdiccional. Así desde la óptica de la teoría pura del derecho, la decisión jurisdiccional no resulta una labor compleja pues en la identificación del contenido del derecho, y en la interpretación del mismo, sólo importa el derecho positivo, en tanto que desde la óptica de la Teoría tridimensional, la decisión jurisdiccional se vuelve compleja, pues en la identificación del contenido del derecho, y en la interpretación del mismo, importa además del derecho positivo - entendido como el componente normativo – otros componentes como el fáctico (hechos), y el axiológico (valores).

En la actualidad, el tema de la concepción del derecho, se ha dividido en dos grandes concepciones: i) Positivismo y ii) No positivismo. Es de observar en la doctrina, una tendencia hacia el no positivismo, esto debido fundamentalmente al desarrollo del constitucionalismo.

MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO, bajo el título “Dejemos atrás el

positivismo jurídico”⁹³ tratan de explicar que el positivismo ya no es hoy en día la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado Constitucional⁹⁴.

3.3. Diseño del sistema jurídico en la Indeterminación del Derecho.

Entiendo por Indeterminación del Derecho, como un problema para la Decisión Jurisdiccional, debido a problemas en la identificación y/o interpretación del contenido del derecho. Entiendo por Diseño del Sistema jurídico, a la forma en que el Constituyente ha diseñado el derecho en la Constitución y sobre ésta, el legislador en la Ley. Sobre lo dicho sostendré aquí que la identificación e interpretación del derecho, y por ende la decisión jurisdiccional, también depende de cómo esté diseñado el derecho. Para tal efecto intentaré describir el diseño de nuestro derecho a partir de la Constitución y de la ley, para lo cual se ha de revisar, algunas normas; luego emitir las razones bajo las cuales se sostienen la dependencia en cuestión.

En efecto conforme al diseño general de nuestro ordenamiento jurídico, el contenido del derecho se encuentran en el deseo del pueblo, la Constitución y en la ley; y está configurado, por normas, principios, precedentes, jurisprudencia, costumbre y doctrina⁹⁵. Es decir que el contenido del derecho se configura a partir de la labor del constituyente, legislador, juez, el jurista y el pueblo, teniendo como límites a la Constitución y a la Ley.

Un discurso preliminar sería el siguiente: El constituyente tiene por labor dar una Constitución, la misma que contiene a las normas y principios generales que en conjunto conforman la base de todo el ordenamiento jurídico; precisa de algún modo los límites de labor del legislador y del juez, y accede al auxilio del jurista para complementar su labor. El legislador, desarrolla el ordenamiento jurídico, en base a las normas y principios prescritos por el constituyente, procurando su aplicabilidad a la realidad concreta. El juez administra justicia teniendo como base a las normas y

⁹³ MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO. “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”.

⁹⁴ Ibidem, p.25.

⁹⁵ Preámbulo de la Constitución de 1993; artículo 138º, y el inciso 8 del artículo 139º de la Constitución, artículo VII y IX del título preliminar del Código procesal Constitucional); artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; artículo VIII, Título Preliminar del código Civil).

principios delimitadas por el constituyente y asimismo en base al desarrollo normativo realizado por el legislador. El jurista interpreta el derecho, teniendo como base la labor del constituyente, del legislador y del juez. El pueblo se organiza y convive en virtud de la costumbre, la misma que tiene sus límites en la Constitución y la Ley.

Entrando ya en el análisis de cada una de las labores de los configuradores del derecho, diremos lo siguiente: El constituyente, en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo procura una Constitución al pueblo organizado, obedeciendo el mandato del pueblo e inspirándose en nuestra historia; también puede reformarlo, pero tal reforma debe ser conforme ya no al deseo de pueblo sino a la Constitución. Así el preámbulo de la constitución de 1993 reza: *“El Congreso Constituyente Democrático, (...) obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución:”*; luego en el artículo 206° de la Constitución (1993) reza: *“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.”* De este modo podemos decir que el contenido del derecho empieza a configurarse a partir de deseo de pueblo, teniendo en cuenta su realidad histórica, y a medida que esta vaya cambiando dicho contenido básico e inicial tiene que reformarse para adecuarse a las nuevas realidades y proyecciones, de modo tal que responda a las exigencias y expectativas actuales.

El legislador, tal y como habíamos dicho, desarrolla el ordenamiento jurídico, en base a las normas y principios prescritos por el constituyente, procurando su aplicabilidad a la realidad concreta. Tal labor no solo implica desarrollar el derecho, sino también reformar y aprobar; todo ello teniendo como límite a la Constitución. Así conforme al

conforme al inciso 3: “Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.” de este modo podemos decir que el legislador crea, modifica y aprueba derecho.

En un discurso básico y preliminar- tal y como ya lo hemos expuesto inicialmente- el juez administra justicia teniendo como base a las normas y principios delimitadas por el constituyente y asimismo en base al desarrollo normativo realizado por el legislador. No obstante, además de ello, el juez complementa el contenido del derecho a través de los precedentes vinculantes y la jurisprudencia vinculante que emiten por lo general las máximas instancias jurisdiccionales y que constituyen también en fuentes de derecho incluso vinculantes para los operadores de la justicia. Así el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, reza: *“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 último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, reza: *“Los 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”*; luego en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Poder Judicial reza: *“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial El Peruano,” en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”*.

Siguiendo con el tema, participa también el jurista, quien interpreta el derecho, teniendo como base la labor del constituyente, del legislador y del juez. Con su labor interpretativa el jurista va formando la doctrina o ciencia del derecho, a la misma que el juez ha de recurrir en defecto de las normas jurídicas. Así el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, reza: “*En defecto de las normas (...), el Juez podrá recurrir (...) a la doctrina*”. No obstante hay que precisar que el juez, en tanto que su labor tiene como límites la Constitución y la ley, no puede aplicar cualquier doctrina, si no aquella que esté conforme a la Constitución.

Finalmente, el pueblo con su costumbre también participa en la configuración del derecho; sin embargo no se debe olvidar que no toda costumbre es derecho, tan solo lo es aquella que esta de conformidad a la Constitución y a la Ley. Así conforme al inciso 8 del artículo 139 de la Constitución en caso de vacío o deficiencia de la ley “*(...) deben aplicarse (...) el derecho consuetudinario*”.

En este marco, constitucional e incluso legal, lo que se diseña es un sistema de fuentes, el guarda estrecha relación con la identificación del derecho y la interpretación del mismo, pues estos dependen también de la observancia de tales fuentes. Así, atendiendo al diseño jurídico expuesto, en la identificación del derecho, no solo implica identificar el contenido de la Constitución y de la Ley, pues existen otras fuentes sobre las cuales identificar el derecho como los precedentes, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre. Respecto a la interpretación, la misma se tendría que realizar, atendiendo a sistema integrado de fuentes; pues en ella hay un orden y también una jerarquías a tener en cuenta; de este modo y a manera de ejemplo mal haría un intérprete en interpretar una norma legal, sin tener en cuenta el contenido y la interpretación del mismo de una norma constitucional.

Lo que se quiere exponer con esto, es que el diseño del derecho importa, tanto en la identificación como en la interpretación del mismo. ¿De qué manera identificar el derecho? y ¿cómo interpretar el derecho?, son preguntas que se puede resolver con la observancia del diseño jurídico, el cual implica ya, una labor interpretativa. En esta labor es obvio que influirá la concepción que se tenga del derecho, al cual ya nos hemos referido en el anterior acápite. Así frente a la pregunta ¿Es derecho el precedente

emitido por un órgano de máxima instancia?, de acuerdo a nuestro diseño, la respuesta sería positiva, pero en el supuesto que otro diseño disponga en otro sentido la respuesta también sería diferente incluso lo contrario al nuestro. En otra pregunta ¿El derecho es sólo la norma creada por la autoridad competente?, teniendo en cuenta nuestro diseño jurídico, la respuesta sería negativa, pues aparte de los legisladores, a quien podemos identificar como las autoridades competentes para crear normas, podemos advertir que hay otros configuradores y otras formas de crear derecho. Preguntas como estas pueden resolverse a partir del diseño del derecho y desde luego en el marco de una determinada concepción del derecho.

3.4. La Tutela Jurisdiccional en la indeterminación del Derecho.

¿Qué es la tutela Jurisdiccional y qué relación tiene con la indeterminación del derecho?, es la cuestión a resolver. Tal cuestión importa establecer un discurso conceptual de lo que es Tutela Jurisdiccional y luego establecer la relación con el discurso conceptual de la variable indeterminación.

Para el caso de la Tutela Jurisdiccional, estableceremos un discurso a partir del contenido Constitucional, teniendo en cuenta que en un Estado Constitucional de Derecho, toda construcción conceptual, siempre deberá tener su punto de partida el contenido constitucional, y bajo este contenido tener en cuenta el contenido legal. En efecto si tenemos en cuenta el contenido constitucional, el punto de partida del discurso para delimitar un concepto de la Tutela jurisdiccional, lo encontramos en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución de 1993, conforme al cual

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

De este contenido constitucional, podemos advertir en primer lugar un concepto compartido de dos variables, *el debido proceso y la tutela jurisdiccional*, ambas

variables son *principios* y también *derechos*⁹⁶. En tanto derechos son objetos de tutela jurisdiccional y en tanto principio configuran elementos de argumentación en pro de la labor jurisdiccional. Como cuestión inicial su concepto no tiene mayor problema, como principios y como derechos comparten un mismo discurso: El discurso de los principios constitucionales y el discurso de los derechos fundamentales.

Parta el tema de la diferencia entre estas dos variables – debido proceso y tutela jurisdiccional – no se advierte en principio la diferencia. Al compartir un mismo discurso como principio y como derecho, la diferencia estaría en su contenido; cuestión que no se advierte del contenido constitucional. Conforme al contenido constitucional observar el debido proceso y la tutela jurisdiccional implica que “*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación*”(artículo 139.3 de la Constitución). Aquí no se delimita el contenido de cada una de las variables. El contenido, está referido a la jurisdicción y al procedimiento (no advertimos problema si se entiende como proceso); en ambos casos debe estar predeterminado por la ley. Este contenido, importa tanto para el debido proceso como para la Tutela jurisdiccional. Es decir las normas de jurisdicción como normas de procedimiento, están relacionadas tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esto no significa que debido proceso y tutela jurisdiccional sea lo mismo. El debido proceso, por su propio nomen iures, está circunscrito al discurso procesal, es decir a las *normas y principios del proceso*; en tanto

⁹⁶ En tanto *principio*, CARLOS MESÍAS señala que “(...) en su vertiente de principio objetivo del ordenamiento, o de garantía procesal constitucionalmente consagrada, es una cuestión de capital importancia para la vigencia del Estado social y democrático de Derecho. Constituye elemento básico que se engarza con la exigencia constitucional de la sujeción de todos, ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y la ley. Lo que en última instancia conlleva a la necesidad de que el sistema jurídico tenga que estar organizado de tal forma que en ningún caso se vea amenazada la eficacia de las resoluciones judiciales consentidas y firmes”: Carlos Mesía (2004). “Derechos de la persona: Dogmática Constitucional”, p. 334. En tanto *derecho*, el mismo autor señala “se trata de un derecho instrumental que permite la defensa jurídica de los intereses legítimos. (...) en una perspectiva de conjunto, su ámbito de aplicación es el acceso a la tutela judicial, a conseguir una resolución imparcial con arreglo al derecho objetivo y a obtener la ejecución de una sentencia. Sin embargo, independientemente de su instrumentalidad, se debe tener en cuenta que también goza de la condición de derecho sustantivo, porque es un derecho previo al proceso, con todas las garantías que exige el fuero de la persona en todo Estado de Derecho”: *ibidem*, p. 337-338

que la tutela jurisdiccional, está delimitada a la decisión jurisdiccional. La labor jurisdiccional tiene como fin último la decisión jurisdiccional fundada en derecho; aunque tal propósito implique el proceso previo. Esto significa que la tutela jurisdiccional no solo tiene sus límites en normas y principios procesales, sino también en normas y principios sustantivos. En este entendido, el debido proceso implica el respeto a las normas y principios que configuran el proceso; en tanto que la debida tutela jurisdiccional implica tomar una decisión jurisdiccional respetando las normas y principios del debido proceso y las normas de carácter sustantivo⁹⁷.

Teniendo en cuenta este desarrollo, la delimitación del contenido de la tutela jurisdiccional, se tendría que realizar en función al principio de la decisión jurisdiccional, la cual tiene sus límites en las normas y principios de carácter sustantivo y procesal. Es decir que su validez dependerá de la *observancia del debido proceso*⁹⁸ (normas y principios de carácter procesal) y la observancia del derecho sustantivo (normas y principios de carácter sustantivo); en última instancia hay que entenderlo como decisión jurisdiccional fundada en derecho.

Si esto es así, la tutela jurisdiccional, en tanto derecho, es el *derecho del justiciable a la decisión jurisdiccional fundada en derecho*; en tanto deber sería el deber de *tomar una decisión jurisdiccional fundada en derecho*. De este modo su contenido se circunscribiría a la “*decisión jurisdiccional conforme a derecho*”. ¿Esto significaría que el contenido delimitado por el Tribunal Constitucional - a) acceso a la justicia y b) decisión de resoluciones judiciales - no formaría parte del contenido de la tutela jurisdiccional, sino más bien del debido proceso? La respuesta sería negativa, pues si bien las normas de acceso y las normas de ejecución de resoluciones judiciales, aun cuando puedan considerarse como normas de carácter procesal, son imprescindibles para la decisión jurisdiccional. No hay decisión jurisdiccional sin previo acceso y de

⁹⁷ Compartimos en ese sentido con el Tribunal Constitucional quien ha tenido la oportunidad de precisar la diferencia. De un lado sostiene que la tutela jurisdiccional supone tanto el acceso a la justicia como la eficacia de lo decidido en las sentencias (concepción garantista y tutelar); el derecho al debido proceso, en cambio significa la observancia de los Derechos fundamentales del procesado y las reglas exigibles dentro del proceso: Véase las sentencias del Tribunal Constitucional: 09727 -2005- HC, FJ 7/ 08453 - 2005-HC,FJ 6/00005-2006-AI, FJ 23-25.

⁹⁸ En este extremo compartimos con Cesar Landa, quien sostiene que la Tutela Jurisdiccional, está referido a la obligación que tiene el Estado de asegurar un conjunto de garantías institucionales que permitan el ejercicio del debido proceso de toda persona: Cesar Landa Arroyo. “*El derecho fundamental al debido proceso y a la Tutela Jurisdiccional*”, p. 446.

nada sirve la decisión jurisdiccional si no se ejecuta. Por tanto el acceso a la decisión jurisdiccional y la ejecución de la misma son contenidos esenciales adicionales e inseparables a la decisión jurisdiccional fundada en derecho⁹⁹. Aquí, bien se pueden identificar contenidos esenciales de forma: acceso y ejecución de la decisión jurisdiccional; y un contenido de fondo: decisión jurisdiccional conforme a derecho¹⁰⁰.

Dicho esto, podemos establecer como contenido esencial de la tutela jurisdiccional lo siguiente: i) acceso a la justicia (entendida “justicia” como decisión jurisdiccional conforme a derecho), ii) decisión jurisdiccional conforme a derecho y iii) ejecución de lo decidido conforme a derecho. Este contenido esencial, es fundamental por cuanto nos da una idea sobre la tutela jurisdiccional, como derecho y como deber. Como derecho, podemos decir, que la tutela jurisdiccional es el *derecho que tiene el justiciable a acceder a la justicia, a recibir una decisión jurisdiccional conforme a derecho y a que se ejecute conforme a lo decidido jurisdiccionalmente*. Como deber, en tanto, podemos decir que la tutela jurisdiccional es el *deber que tiene el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales a, permitir el acceso a la justicia, a decidir conforme a derecho y a ejecutar las decisiones jurisdiccionales conforme a derecho*.

Delimitado el concepto de Tutela jurisdiccional toca ahora relacionar esta variable con la indeterminación del derecho. La indeterminación del derecho, como ya lo habíamos precisado, tiene lugar cuando frente a un caso concreto se presenta un problema en la identificación e interpretación del derecho. La Tutela jurisdiccional es una actividad jurisdiccional que consiste en decidir un caso concreto conforme a derecho, y que tal decisión implica en principio acceder a un proceso previo a la decisión y luego para su eficacia tal decisión deberá ser ejecutada. En este contexto es de advertir que determinar el derecho e interpretar el contenido del mismo, es una actividad previa a la decisión; en ese sentido la indeterminación en el contenido y en la interpretación es un problema para la tutela jurisdiccional; es decir para la decisión jurisdiccional frente a un caso

⁹⁹ Respecto al *contenido esencial*, debemos señalar que su mayor desarrollo se observa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A través de sus sentencias, ha determinado como contenido del derecho a la Tutela Jurisdiccional, el “acceso a la Justicia” y “la ejecución de las resoluciones judiciales”: Gaceta Jurídica del Tribunal Constitucional (2007). “Teoría de los Derechos Fundamentales”. EN: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI/TC.html>

¹⁰⁰ Similar conclusión encontramos en la opinión de Carlos mesías quien establece como contenido esencial de la Tutela Jurisdiccional: derecho de acceso a la justicia, el derecho obtener una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales: Carlos Mesía, “Derechos de la persona. Dogmática Constitucional”, p. 339, 341 y 343.

concreto.

Para clarificar el asunto que nos atañe, veamos el caso particular de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en la cual se puede advertir con mayor claridad el tema de la indeterminación del derecho. Aquí el contenido del derecho, sería las normas que contienen a los derechos fundamentales y las normas que sirven de instrumento para proteger los derechos fundamentales; todas estas normas para ser aplicadas a un caso concreto necesitan ser interpretadas. En este marco, la indeterminación surge cuando se quiere precisar ¿Cuáles son las normas que contienen y protegen a los derechos fundamentales? y ¿De qué modo se deben interpretar?, esta cuestión problemática se ha de presentar para un Juez constitucional, quien deberá decir un caso concreto.

Para dar resolución a esta cuestión en principio podemos decir que las normas que contienen a los derechos fundamentales, se encuentran en la Constitución y las normas que sirven para su protección se encuentran en Código Procesal Constitucional y con ello pareciera que el asunto de indeterminación estaría resuelto; no obstante en la práctica no es así, prueba de ello es que frente a una situación de indeterminación, ha sido necesario que el Tribunal Constitucional expida un gran número de precedentes para uniformar criterios en la identificación de los derechos fundamentales y la interpretación de los mismos.

En este sentido, tratándose de la Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, es evidente que para su desarrollo teórico se necesita más que el estudio y análisis del trabajo del Constituyente y del Legislador; pues a ellos necesariamente se tendrá que sumar la labor jurisdiccional, y de modo importante la labor del jurisdiccional de máxima jerarquía que en nuestro caso es el Tribunal Constitucional, el cual ha tenido que recurrir a la doctrina entendida en el tema y en otros casos a la argumentación para tomar una posición frente a la indeterminación del derecho; sólo de este modo les ha sido posible hacer frente al problema de la indeterminación del derecho.

Así a modo de ejemplo desarrollaremos teóricamente y a nuestro entender la variable de la Tutela Jurisdiccional de los derechos fundamentales, con el objeto de advertir que es una necesidad irremediable ir más allá del contenido del derecho creado a partir de la labor del

constituyente y el legislador. En efecto, debemos señalar que el discurso teórico de la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, se construye en base al desarrollo básico de la tutela jurisdiccional, por ser éste el discurso general de cual debe desprenderse. Sin embargo, no es suficiente, necesita además un contenido específico que le otorgue particularidad propia, a la variable en cuestión.

Tal contenido teórico, debe tener como base el diseño constitucional. De tal diseño cabe destacar tres cuestiones elementales para la posibilidad de un discurso propio de la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: i) derechos fundamentales, ii) garantías constitucionales y iii) jurisdicción constitucional. El discurso de estos tres elementos, dota la particularidad a la Tutela jurisdiccional constitucional.

Entremos, en efecto, en detalle con el discurso de los derechos fundamentales. El discurso sobre los derechos fundamentales tiene su punto de inicio en el *principio de dignidad*¹⁰¹. Este principio constituye el fundamento primero, para el *reconocimiento de los derechos fundamentales*. El reconocimiento es el primer elemento para la posibilidad de la tutela jurisdiccional de los mismos. Conforme al diseño constitucional, el reconocimiento de los derechos fundamentales, tiene su inicio en la defensa y en el respeto de la dignidad de la persona, y el constituyente lo reconoce como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución). Frente al tema general y abstracto del concepto de la dignidad, el constituyente le da un contenido concreto básico, con el reconocimiento de gran número de derechos, explicitados en el artículo 2º de la Constitución; y precisa a través de una cláusula de apertura – diseñada en el artículo 3º - que este contenido básico no es absoluto, pues los demás derechos reconocidos por la Constitución y los implícitos que se derivan de los principios constitucionales, también son derechos fundamentales; a esto se suma la constitucionalización de los derechos humanos (artículo 55 y ss. de la Constitución, en

¹⁰¹ Frente a la pregunta: *¿Quién establece la significación de lo que es dignidad?*; Alberto Oehling de los Reyes, es de la opinión de una significación abierta de la dignidad humana como noción constitucional, en el sentido que dicha dignidad es una cuestión de la libertad de actuación sobre los asuntos propios de cada persona; asimismo como concepto de concepción y complementación de los Derechos Fundamentales y demás bienes constitucionales reconocidos. De esta manera señala: “*El hombre con dignidad plena sería aquel en el que son evidentes la capacidad de disfrute de sus derechos y el desenvolvimiento total de sus potencialidades como persona*”: Alberto Oehling de los Reyes. “Algunas reflexiones de la noción de la dignidad humana”. P 328, 347-348.

concordancia con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución), en virtud del cual los derechos humanos desde una óptica interna constitucional también son derechos fundamentales. De modo tal que el diseño constitucional, reconoce como derechos fundamentales, los explícitos y los implícitos derivados del contenido constitucional, el cual incluye a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, del cual el Perú forma parte.

El discurso sobre los derechos fundamentales es el primer elemento que otorga particularidad al discurso de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, respecto a la tutela jurisdiccional ordinaria. Los derechos fundamentales constituyen el aspecto sustantivo. Tal aspecto tiene un tratamiento distinto respecto al aspecto sustantivo de la Tutela jurisdiccional ordinaria. ¿Debería tener un tratamiento destino?, es una cuestión que debe ser objeto de debate, más aún si se tiene en cuenta la tendencia de la constitucionalización del derecho. Por el momento debemos precisar que aún se advierte con claridad la diferencia teórica y práctica entre los derechos fundamentales o contenidos constitucionales, y los derechos ordinarios o contenidos legales.

La diferencia más notable – aunque no en términos absolutos - es quizás el tema de contenidos. Los derechos fundamentales especialmente los derechos de naturaleza social, están expresados en términos generales y abstractos, por ende su contenido generalmente están indeterminados; en tanto que los derechos ordinarios generalmente se encuentran definidos o delimitados por el legislador. Si acudimos al tema de las reglas y principios, los derechos ordinarios generalmente están expresados en reglas y los derechos fundamentales en principios¹⁰².

¹⁰² Respecto a los principios y reglas Cesar Landa explica que siendo los principios normas con alto grado de generalidad, esto es mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado de intensidad y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de su estructura jurídica, sino también presupuestales; en tanto que las reglas son normas con nivel relativamente bajo de generalidad, esto es mandatos prescriptivos que sólo pueden ser cumplidas o no; por que contienen determinaciones concretas en el ámbito de lo jurídico y son fácticamente posibles. Precisa de manera particular que los Derechos Fundamentales sociales han sido considerados prima facie como normas de principio, propio de los derechos de participación del Estado en la satisfacción de los mismos; en la medida que contienen un mandato claro más no es así el medio de su realización jurídica. Por ello, estos derechos requieren no un juicio de subsunción, sino de ponderación de valores, a partir del test de la razonabilidad, o proporcionalidad, pero con diferentes grados de intensidad en función de la naturaleza del derecho o del bien constitucional al tutelar. Cesar Landa Arroyo, "los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del tribunal", 14-16.

La generalidad y al carácter abstracto de las normas que configuran los derechos fundamentales, exige mayor grado de interpretación y de argumentación para delimitar su contenido, respecto las normas ordinarias, cuyo contenido generalmente esta predeterminado por el legislador. De allí la importancia de la existencia de los Tribunales Constitucionales o los órganos jurisdiccionales de máxima instancia, en la configuración de los contenidos de los derechos fundamentales. La delimitación de los contenidos de los derechos fundamentales, más que una labor legislativa, es propia de una labor jurisdiccional particularmente de los altos tribunales, como es el caso del Tribunal Constitucional en nuestro medio¹⁰³.

El discurso de las *Garantías constitucionales*, constituye el segundo elemento que dota particularidad al discurso de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. El discurso de las garantías constitucionales constituye el aspecto procesal en la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Es impensable la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales con el solo reconocimiento de estos, necesita además, las garantías para la defensa de los mismos. Sin garantías constitucionales, no es posible la defensa ni el respeto a la dignidad de la persona. En el diseño de este elemento han participado el constituyente y el legislador. En la Constitución (artículo 200°), el constituyente ha precisado las garantías constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales de manera directa e indirecta: Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data, Cumplimiento, Acción de Inconstitucionalidad y Acción Popular. El Legislador (Ley N° 28237) por su parte, ha establecido los causes procesales, para el uso de cada uno de las garantías explicitadas, y establece también un cause procesal, para la Acción Competencial; de modo tal que son seis los procesos constitucionales, en pro de la defensa – directa e indirecta – de los derechos fundamentales¹⁰⁴.

¹⁰³ Sobre la importancia del los Tribunales y la argumentación jurídica léase a Pedro Grández Castro “Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú”, p. 89 yss.

¹⁰⁴ Cesar Landa, respecto a Tutela de los Derechos Fundamentales de naturaleza procesal, es de la opinión que se realiza propiamente a través de los procesos constitucionales como el habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento; pero también es factible que se los proteja directamente a través de los procesos de inconstitucionalidad, el conflicto de competencia indirectamente, o el llamado control difuso de las normas autoaplicativas; sin embargo se debe precisar que no excluye a los demás procesos judiciales y los procedimientos administrativos que contemple el ordenamiento jurídico. Pero, si es de precisar que los procesos constitucionales están orientados a tutelarlos cuando los hechos y el petitorio de la demanda están referidos de forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho reclamado: Cesar landa Arroyo. “Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 20- 23

Nuevamente aquí hay que precisar la diferencia notable de los discursos procesales. Dentro de ellas, la más importantes es quizás el hecho que las normas procesales en sede constitucional no comparte necesariamente con el respeto irrestricto de las normas procesales en sede ordinaria. En sede constitucional constituye una cuestión clara el hecho de favorecer ante la duda, la defensa de los derechos fundamentales frente a las formalidades procesales en casos que resulten inadecuadas para la efectiva tutela jurisdiccional de los mismos. No ha propósito el Código Procesal Constitucional, específicamente el artículo III del Título Preliminar prescribe que “(...) *el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales*”. Este discurso constitucional, es impensable todavía en sede ordinaria, donde aún el respeto a las formalidades procesales es un tema importante¹⁰⁵.

Finalmente el discurso de la *Jurisdicción constitucional* es el tercer elemento que dota particularidad al discurso de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, respecto a la tutela jurisdiccional ordinaria. La jurisdicción constitucional es el tercer elemento necesario para la posibilidad de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Conforme al diseño constitucional, la jurisdicción constitucional está a cargo del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Entre estos dos órganos de justicia, existen competencias compartidas y competencias exclusivas. Así en los procesos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y cumplimiento, tienen competencias compartidas; el Poder Judicial actúa como primer y segunda instancia y el Tribunal Constitucional como última y definitiva instancia a nivel nacional. En el proceso, de Inconstitucionalidad y competencial el Tribunal Constitucional tiene la exclusiva competencia, actuando como instancia única y definitiva; en tanto que,

¹⁰⁵ En este sentido en el Tribunal Constitucional ha señalado que “La consagración constitucional de estos procesos les otorga un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: 1) Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los Derechos Fundamentales; 2) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los Derechos Fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia”: Véase la STC N° 0023-2005-PI-TC F10

respecto al proceso de acción popular, el Poder Judicial tiene competencia exclusiva¹⁰⁶.

Aquí la idea de un juez constitucional, a diferencia de un juez ordinario, está relacionada a la figura del juez creador del derecho. Los jueces constitucionales no son mero aplicadores de un derecho ya creado, pues el discurso de los derechos fundamentales, exige mayor grado de argumentación en la identificación del derecho. En realidad si tenemos en cuenta el diseño constitucional particularmente el tema referido al control constitucional, todos los jueces deberían ser constitucionales. Todos los jueces están facultados para ejercer control constitucional. Pese a ello el discurso positivista del derecho muy arraigado en los jueces nacionales impide el ejercicio de esta facultad. Incluso los jueces con facultades jurisdiccionales en sede constitucional, cumplen su labor jurisdiccional muy apegada al positivismo jurídico; con la clara excepción de la labor del Tribunal Constitucional, el cual a pesar de las críticas recibidas poco a poco ha ido introduciendo un nuevo discurso propio de los no positivistas o neo constitucionalistas¹⁰⁷.

Hasta aquí se ha desarrollado la particularidad de la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, advirtiendo ciertas y claras diferencias con la Tutela jurisdiccional ordinaria, donde el problema de la indeterminación del derecho también tendría lugar pero en menor grado respecto a la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales; esto debido fundamentalmente a que el contenido constitucional, producto de la labor del constituyente, no se encuentra definido de manera específica; por lo que la labor del Juez en la identificación en interpretación del derecho es de mayor intensidad.

Para comprender un poco más sobre lo que se está tratando, veamos el ejemplo

¹⁰⁶ En el artículo 202 de la Constitución; y en los artículos IV del Título Preliminar, 28,29,36, 51, 58, 65, 74, 85, 93, 98 y 109 del Código Procesal Constitucional; se diseña la jurisdicción constitucional competente a nivel nacional. Conforme a este diseño el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional tienen competencias compartidas y competencias exclusivas. Comparten la competencia para conocer los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento; el poder Judicial actuando como primera y segunda instancia, mientras que el Tribunal como última y definitiva instancia. En caso de las competencias exclusivas, el Poder Judicial tiene competencia exclusiva para conocer el Proceso de acción popular; en tanto que tanto que el Tribunal Constitucional, tiene competencia exclusiva para conocer el proceso de acción de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución conforme a ley.

¹⁰⁷ Para mejor comprensión del rol del jueces en un Estado Constitucional Léase a Pedro Grández Castro, "Las "peculiaridades" del precedente constitucional en el Perú", p 39 y ss.

específico en torno a la indeterminación del contenido e interpretación del “Derecho a la tutela jurisdiccional” y la labor del Tribunal Constitucional para resolver este problema. En efecto como ya lo habíamos señalado el constituyente no ha especificado el contenido del “Derecho a la tutela jurisdiccional”, justo allí aparece un problema de indeterminación respecto a su contenido; de este modo no es sencillo determinar en qué momento o en qué casos se vulnera el “Derecho a la tutela jurisdiccional”. Frente a este problema de indeterminación es que se ha querido identificar el contenido esencial del “Derecho a la tutela jurisdiccional”. Esto ha implicado el desarrollo de un discurso sobre el contenido del “Derecho a la tutela jurisdiccional”. Para tal efecto ha sido necesario que el Tribunal Constitucional, desarrolle el tema referido al “Contenido esencial de los derechos fundamentales”. Así respecto al discurso del *contenido esencial de los derechos fundamentales*, desarrollado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias, podemos decir que lo equipara al contenido constitucionalmente protegido¹⁰⁸; respecto al cual se debe entender el contenido que es irreducible a legislador; por ende objeto de protección constitucional. Para el caso del “Derecho a la tutela jurisdiccional”, ha delimitado como su contenido esencial el acceso a la justicia y la ejecución de las resoluciones judiciales¹⁰⁹.

A partir de este discurso, desarrollado por el Tribunal Constitucional, y el discurso realizado desde nuestro punto de vista en torno al contenido de la “Tutela Jurisdiccional”, es posible determinar o definir un contenido esencial de derecho a la “Tutela Jurisdiccional de los derechos fundamentales” que forma parte del derecho a la “tutela jurisdiccional”. Así, teniendo en cuenta de un lado, el contenido esencial de la tutela jurisdiccional en general y de otro, los tres elementos que dotan la particularidad y posibilitan la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales; podemos decir que su contenido esencial está configurado por: i) *el acceso a la justicia constitucional*, ii) *la decisión jurisdiccional conforme al derecho constitucional*, y iii) *la ejecución de los decidido constitucionalmente*. Sobre la base de este contenido esencial, es posible conceptualizar a la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, como derecho y como deber. Como derecho, la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, es *el derecho que tiene todo justiciable a acceder a la justicia constitucional, a recibir una*

¹⁰⁸ Véase el desarrollo particular en la STC 1417-2005-PA/TC.

¹⁰⁹ Por nuestra parte se ha argumentado que la tutela jurisdiccional tiene su punto central en la decisión jurisdiccional y que junto al acceso y la ejecución de la misma constituye el contenido esencial, pues dicha relación no admite separación. No hay decisión sin acceso y la decisión no es efectiva sin ejecución.

decisión jurisdiccional conforme al derecho constitucional y a que tal decisión sea ejecutada; en tanto que como deber, es el deber que tiene el Estado mediante sus órganos jurisdiccionales competentes, a permitir el acceso a la justicia constitucional, a decidir conforme al derecho constitucional y a ejecutar lo decidido.

Como se ha podido ver, a través de un discurso argumentativo, se puede llegar a determinar un determinado contenido de un derecho, el cual no habría sido posible determinarlo sólo a partir del contenido elaborado por el constituyente. Esto también de alguno modo pasa con los derechos ordinarios, donde no todos están estrictamente definidos, prueba de ello es que han habido diferentes discursos sobre un mismo derecho, como se puede advertir al revisar los plenos civiles y penales.

En el campo de la justicia constitucional, haber determinado los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, ha dotado de eficacia para la Tutela Jurisdiccional constitucional, pues con ello se ha reducido el margen de indeterminación del contenido del derecho; de este modo los abogados litigantes no tiene mayor problema al momento de identificar qué derecho se ha vulnerado y a partir de allí buscar la defensa del mismo. Tal cuestión no se ha visto en la campo de la justicia ordinaria; esto, porque el contenido de los derechos ordinarios están un tanto especificados o delimitados, pero no por ello podemos decir que el problema de indeterminación no ha estado presente en este campo, en muchos casos a pesar de la claridad del contenido normativo de un derecho, han habido posiciones distintas respecto a sus alcances, unos lo restringen otros lo extienden, lo cual constituye ya un problema de interpretación, que es parte del problema de la indeterminación del derecho.

Volviendo, a la relación de la variable de la Tutela Jurisdiccional con la indeterminación del derecho, cabe precisar que la Tutela Jurisdiccional, independientemente de que sea de los derechos fundamentales o de los derechos ordinarios, en tanto deber del Estado frente a la persona o al justiciable en estricto, tiene íntima relación con la indeterminación del derecho, pues frente a indeterminaciones en sus contenidos esenciales, el Estado, mediante sus instituciones jurisdiccionales deberán resolver. Esto

tiene relación cuando se señala que el Juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley, o que el Juez conoce el derecho. Cuando existe vacío o deficiencia en el contenido normativo ya sea producto de la labor del constituyente o del

legislador, la exigencia es que el Juez deberá identificar el derecho, lo cual exige que deberá ir más allá de lo que llamamos el derecho positivo; y este es justamente donde se hace visible el campo de la indeterminación del derecho, y de este problema puede devenir en otro, en la desigualdad frente a la Tutela Jurisdiccional; esto es, que frente a un mismo caso se resuelva de distinta manera, a causa de la indeterminación en la identificación del derecho o en la interpretación del mismo.

Este problema motiva a buscar soluciones frente al problema en cuestión, lo que significará ensayar discursos, para restringir el margen de indeterminación. El tema no solo pasa por definir un discurso, sino que éste sea uniforme, pues la idea es que no sólo se garantice una Tutela jurisdiccional sino también que la misma sea uniforme frente a casos similares. Obviamente que dicha idea constituye una finalidad que se quiere alcanzar en la práctica, lo que implica de la jurisdicción una conducta activista.

Por ejemplo si queremos resolver, el problema de la indeterminación presente en la Tutela Jurisdiccional constitucional (de los derechos fundamentales), debemos a mi juicio determinar cuando menos tres cuestiones básicas: i) idoneidad de la vía procesal constitucional, ii) el contenido constitucionalmente protegido y iii) debida interpretación constitucional. Si no se resuelve el problema de indeterminación en estas cuestiones, obviamente la Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales no sería eficaz. Esto implica, tal y como es de verse en la práctica, ir más allá de lo positivo, y sobre todo que se desarrolle un discurso uniforme.

Como se ha visto, si bien entendemos que la eficacia de la Tutela Jurisdiccional, implica reducir o resolver la indeterminación del derecho, y esto es posible tal y como ya se ha señalado a través del desarrollo de un discurso argumentativo, y luego con la uniformidad en el discurso interpretativo. Tal problema es justamente lo que se desea resolver con la presente investigación, para tal caso intentaremos resolver con la intervención de la institución del Precedente.

3.5. Las lagunas del derecho en la indeterminación del derecho.

Tesis publicada con autorización del autor

No olvidemos que las lagunas del derecho, tal y como se advertido a inicio del desarrollo del tema de la

UNFV

indeterminación del derecho, constituye una de las causas de la indeterminación del derecho. En el entendido de que la indeterminación del derecho tiene su causa en el contenido del derecho y en su interpretación, el tema de las lagunas es quizá el más apropiado para explicar el problema en el contenido del derecho.

FERNANDO ATRIA (2005), señala que hay tres respuestas que en teoría del derecho podría dar el problema de las lagunas: 1) Los sistemas jurídicos son necesariamente completos, 2) Los sistemas jurídicos necesariamente tienen lagunas y 3) La cuestión de su existen lagunas en un sistema jurídico es contingente.¹¹⁰

En torno a la primera respuesta o posición - Los sistemas jurídicos son necesariamente completos - a decir de FERNANDO ATRIA (2005) se sustenta en lo señalado por KELSEN. Entiende que para esta postura, el derecho siempre es aplicable: lo que se denomina *“laguna en el derecho no es una laguna jurídica, sino una situación en la cual la aplicación del derecho a un caso particular es tan absurda o injusta que el juez asume que el derecho no debe ser aplicable al caso”*. En palabras de KELSEN: *“La existencia de una laguna sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico - político, poniendo de lado, por esta razón jurídica política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación”*¹¹¹.

En torno a la segunda respuesta o posición - Los sistemas jurídicos necesariamente tienen lagunas - entiendo que para el autor bajo comentario, tal tesis es defendida por ALCHOURRÓN y BULIGIN, quienes sostienen que KESSEN ha fundado su posición en un primer momento en la versión fuerte del Principio de Prohibición: “Todo lo que no está prohibido está permitido”; pero en un segundo momento abandona esta versión, y opta por la versión débil del referido principio. Explica que conforme a la versión fuerte “permitido” significa *positivamente permitido*, mientras que en su versión débil significa sólo *no prohibido*¹¹². Se entiende que con la versión fuerte del principio en cuestión se cierra el sistema jurídico y no da lugar a la existencia de lagunas, pues se

entiende que todas las conductas no prohibidas, están permitidas aun cuando no lo estén positivamente; en cambio en virtud de la versión débil el sistema jurídico no necesariamente se cierra y puede dar lugar a la existencia de una laguna, pues el hecho que una conducta no este prohibida, no significa necesariamente que esté permitida, a menos que dicha permisión lo esté positivamente. Es en la versión débil del principio donde ALCHOURRÓN y BULIGIN ven un reconocimiento implícito de la existencia de lagunas y que en tal caso el juez tendrá discreción para resolver.

La tercera respuesta o posición - La cuestión de su existen lagunas en un sistema jurídico es contingente - es la defendida por el autor en cuestión (ATRIA, 2005) quien señala que “(...) la existencia de una laguna no es suficiente para concluir que el juez tiene discreción”¹¹³. El autor siguiendo a KESSEN diría que si en un caso el juez tiene discreción, no es porque haya una laguna normativa, sino porque hay una laguna axiológica¹¹⁴. Precisa que “Sólo las lagunas axiológicas pueden ser una fuente de discreción para el juez. Pero las lagunas axiológicas no son lagunas jurídicas, de acuerdo a las tesis de las fuentes, ya que ellas son definidas como casos en los cuales haya una solución pero ella es axiológicamente inadecuada”¹¹⁵.

EUGENIO BULYGIN, por su parte señala que frente al problema de las lagunas normativas los filósofos del derecho han adoptado actitudes muy dispares, cabe distinguir básicamente tres posiciones: 1) Teorías que consideran que el derecho es necesariamente completo y, por tanto, niegan la posibilidad de lagunas. KESSEN es el representante más conocido de esta tendencia, que es compartido por muchos teóricos. 2) Teorías que consideran que aunque haya lagunas normativas, esto no impide que los jueces puedan resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales preexistentes (destacados representantes de esta posición son JUAN RUIZ MANERO y FERNANDO ATRIA en On Law and Legal Reasoning). 3) Teorías que sostienen que la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica y, por lo tanto, contingente (tesis defendida en Normative Systems)¹¹⁶. En adelante veamos la explicación que el autor en referencia realiza respecto a las tres posturas.

¹¹³ Ibidem, p 21.

¹¹⁴ Ibidem, p 22.

¹¹⁵ Ibidem, p 23.

¹¹⁶ EUGENIO BULYGIN (2005). “Creación y aplicación del Derecho”, p.129 – 43.

En torno a las teorías del primer grupo, en principio no hay discrecionalidad porque no hay lagunas, pero puede haberlo si el orden jurídico autoriza a los jueces a apartarse del derecho¹¹⁷. El sustento está basado en el principio *“todo lo que no está prohibido, está permitido”* al cual lo llama *“Principio de prohibición”*. En virtud de este principio, todas las conductas tienen un estatus normativo: como prohibidas o como permitidas, en consecuencia no existen conductas no reguladas¹¹⁸. Al respecto, EUGENIO BULYGIN, deja sentado que tal argumento sustentado en el principio antes referido, es una falacia, basada en: i) la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas, y ii) diferentes sentidos del término “permitido”. En este cuadro, entiende que si el principio en cuestión - “todo lo que no está prohibido, está permitido” - es una norma, entonces el término “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y a la inversa; en cambio si el principio fuera una proposición, entonces el término “permitido” puede significar dos cosas distintas: a) que no existe una norma que prohíba o b) que exista una norma que permite. Explica que la norma son expresiones prescriptivas que prohíben, ordenan o permiten ciertas conductas y en efecto pueden ser obedecidas o no; en cambio las proposiciones normativas son enunciados descriptivos que informan acerca de la existencia de normas y que pueden ser verdaderas o falsas. En todo caso opina que el principio en tanto norma es contingente y no puede pertenecer a todo orden jurídico; en tanto proposición o bien es vacío, o bien falso; por lo que en ningún caso puede apoyar la tesis de que el derecho es necesariamente completo¹¹⁹.

En torno a las teorías del segundo grupo, y en particular para ATRIA, se postula que no hay discreción aunque haya lagunas¹²⁰. Para esta postura defendida por RUIZ MANERO y desarrollada por ATRIA, el juez está obligado a rechazar la demanda en el caso individual, cuando el caso genérico no está solucionado. El caso genérico es el que se encuentra contenido en una norma general y el caso individual es el contenido en una norma individual; la norma general es la proposición normativa y la norma individual es la que soluciona el caso concreto. BULYGIN entiende que el juez soluciona un caso concreto con la norma individual, motivada ésta en una norma general, es decir en una proposición normativa. En este marco BULYGIN discrepa con esta segunda teoría, pues entiende que el juez en vez de rechazar la demanda en el

¹¹⁷ Ibidem, p 35.

¹¹⁸ Ibidem, p 36.

¹¹⁹ Ibidem, p 36 y 37.

¹²⁰ Ibidem, p 35.

caso individual cuando el caso genérico no está solucionado por no existir una norma general, debe crear una norma general y en virtud de esta, determinar la norma individual que solucione el caso. Su crítica a esta postura radica básicamente en que el juez soluciona un caso sin que el mismo esté amparado en una norma general¹²¹.

En torno a las teorías del tercer grupo, defendida por el autor en cuestión, frente a las lagunas normativas los jueces tienen discrecionalidad, para resolver los casos en los que no hay regulación jurídica. Entiendo que el autor en cuestión sustenta su posición en la finalidad que tiene el Juez de solucionar un caso concreto sometido a su conocimiento. Entiende por laguna a la ausencia de una norma general, frente a un determinado caso; en tal supuesto el autor en cuestión es de la opinión que el juez deberá crear una norma general y sobre ella respaldar la norma individual que solucione el caso. La creación de la norma general es discrecional y obligatoria sólo para las partes en conflicto y al ser así puede que otro juez resuelva de distinta manera al crear una regla general distinta; pero este problema será resuelto por otro juez tarde o temprano. Precisa que si la creación de la norma general es un precedente y si en casos similares se sigue con el mismo criterio se estaría hablando de jurisprudencia.

En este marco dentro de las posiciones distintas de FERNANDO ATRIA y EUGENIO BULYGIN, ambos autores entienden por “Laguna jurídica” a la ausencia de una norma general frente a un determinado caso. Por norma general entiendo que se trata de los dispositivos normativos. En este entendido conforme a la posición de ATRIA, frente a la ausencia de un dispositivo normativo – Laguna jurídica - el Juez no tiene discrecionalidad para llenar ese vacío creando una norma general, bajo el cual se resuelva el caso en concreto; en ese entendido el juez no tendrá más que rechazar una demanda. Por el contrario conforme a la posición de BULYGIN frente a la ausencia de un dispositivo normativo – Laguna jurídica - el Juez tiene discrecionalidad para llenar ese vacío creando una norma general, bajo el cual se resuelva el caso en concreto.

Analizado el tema hasta aquí, es de advertir que para ATRIA el tema de las lagunas jurídicas, no sería un problema de indeterminación del derecho, pues frente a la ausencia de un dispositivo normativo que resuelva un caso concreto, no hay que

identificar ni interpretar derecho alguno, sólo hay que rechazar la demanda, pues no hay derecho que aplicar. Esta posición no es correcta, si tenemos en cuenta la práctica en la labor del jurisdiccional, fundamentalmente en la labor jurisdiccional en sede constitucional, donde el Tribunal Constitucional, como se verá más adelante, ha llenado vacíos normativos, mediante los precedentes vinculantes. Por otro lado, es evidente que su posición obedece a un derecho positivo al estilo de Kelsen, en el cual si el caso no tiene una regulación, sería simple y llanamente un caso irrelevante, esto es que no tienen importancia para el derecho, lo cual es una posición a mi juicio superada por el no positivismo. Además de ello no logro entender esta posición, cuando Atria asume la existencia de “Lagunas jurídicas” entendidas como ausencia de un dispositivo normativo y no importarle la solución de caso, a pesar de su relevancia; a menos que para Atria, todos los casos que no tengan regulación en una norma general, sean casos irrelevantes jurídicamente; si esto es así el constituyente y los legisladores, son los únicos que definen la relevancia de un caso. Tal situación resultará insostenible si se tiene en cuenta el tema “La Tutela Jurisdiccional frente a la indeterminación del Derecho” desarrollado líneas atrás; o cuando más adelante se desarrolle el tema de “Los principios frente a la indeterminación del Derecho.

Respecto a la posición de Bulygin es de compartir en el sentido que frente a una laguna jurídica, tal como lo se ha entendido, el Juez deberá crear derecho. Sin embargo, preocupa el tema de la discreción para crear el derecho. ¿Qué entiende Bulygin por *discreción*?, en efecto señala: “la discrecionalidad proviene del hecho de que un juez tiene que resolver el caso individual sometido a él y para ello tiene que dictar una norma individual (...) Para justificar esta norma individual el Juez necesita una norma general que correlacione el caso genérico al que pertenece al caso individual con una determinada solución y como, por hipótesis, el caso genérico es una laguna y por ende no existe norma general, se sigue que el juez tiene que crear esa norma general. Si no lo hiciera, su decisión sería arbitraria”¹²². Cuando explica el tema de la creación judicial del derecho, entiende que al igual que el legislador, el Juez en caso de lagunas jurídicas puede crear normas generales; aunque precisa que los efectos son distintos, las normas generales creadas por el legislador son obligatorias para todos, en tanto que las normas creadas por el Juez son obligatorias para las partes involucradas en el caso en concreto.

Estas normas generales creadas por el Juez, constituye un precedente y si otros jueces siguen en el mismo camino se estará ante una jurisprudencia uniforme; si en cambio crean una norma general distinta o contradictorio, en sus palabras “incompatible”, tal cuestión se resolverá tarde o temprano por otro Juez, hasta que desemboque en una norma general reconocida a nivel jurisprudencial¹²³.

En este marco, la discreción entendida por BULYGIN, está referida a la creación de una norma general, por el Juez en caso de una laguna jurídica. La situación es clara, el juez prácticamente se convierte en un legislador, aunque excepcional, pues solo lo hará ante la ausencia de una norma general, que resultaba relevante para la solución del caso. Frente a ello, a mi juicio, se esperaba algo más de BULYGIN en el sentido que nos deja en el aire cuando, al presentarnos a un Juez con plena libertad para crear una norma General, cuestión que no sucede en el caso del legislador, pues en la labor de éste, no hay plena libertad, dado que tiene que haber debates de ida y vuelta y sólo luego de convergencias se produce la norma general. Quizá este sea un límite en el desarrollo de BULYGIN, por estar encuadrado en el positivismo.

Dentro de todo, al menos se tiene en claro, dentro de uno u otro autor, que la laguna jurídica constituye una ausencia de una norma general, entendida tal norma como una disposición normativa, creada por la autoridad legitimada, como el Constituyente y el Legislador. Entendido así, resulta claro identificarlo como una de las causas de la indeterminación del derecho, pues la ausencia de una norma general, que dé solución a un caso relevante, provoca un problema en la identificación en el contenido del derecho, pues el Juzgador, pese a estar frente a un caso relevante no puede identificar o ubicar una norma general que sirva de justificación para resolver el caso.

Ahora bien, desde alguna postura positivista se diría que, un caso será relevante siempre en función al contenido del derecho. De modo que si no hay contenido del derecho respecto a un caso en particular, este no podría ser relevante jurídicamente. Entenderlo así, en vano estaríamos hablando de lagunas jurídicas, y desde luego todo debate sobre relevancia jurídica de un caso no tendría sentido. Sin embargo este problema de relevancia de un caso, a mi juicio no resulta explicable con claridad desde ninguna

postura positivista, para ello necesariamente tendremos que recurrir a una postura no positivista, principalmente cuando se desarrolla el tema de los principios, tema que parece ser el talón de Aquiles, para las posturas positivistas.

Los positivistas debaten la relevancia de un caso, en virtud de un contenido del derecho cuyos límites estas ya identificados. De modo que más allá de estos límites, están los casos sin relevancia. Así, convergerán sin discusión alguna que sin un caso se correlaciona con una norma general, será un caso relevante jurídicamente. Sin embargo el tema en discusión, dentro de las diversas posturas positivistas, estaría cuando una caso está parcialmente correlacionada con una norma general; frente a ello, algunos dirán que constituye un caso irrelevante dado que no está correlacionada por completo en la norma general, otros por el contrario dirán que existe relevancia del caso, dado que algunas propiedades de éste si están correlacionados con una norma general dentro del contenido del derecho. Más allá de esto, todos cierran filas en su negación, que un caso será relevante en virtud de normas generales que no forma parte del sistema. En este cierre de filas, a mi juicio ha sido superado por una postura no positivista, el cual se hará evidente cuando se trate el tema de los principios más adelante. Por lo pronto se debe indicar que los límites de derecho, no resultan tan claros a la hora de identificarlos; tal cuestión desde ya resulta una carga muy pesada para los positivistas a la hora de determinar la relevancia de un caso en concreto.

3.6. La interpretación del derecho en la Indeterminación del Derecho.

La Indeterminación del Derecho entendido como un problema para la decisión jurisdiccional, tiene sus causas en el problema de la identificación y/o interpretación del derecho. Tal entendido, reclama una explicación tanto en la identificación del derecho como en la interpretación del derecho. En este marco en adelante intentaremos explicar o describir lo que los entendidos en el tema entiendes por la interpretación del derecho.

ALFONSO J. GARCÍA FIGUEROA, con el título “La motivación. Conceptos fundamentales” desarrolla entre otros temas “La interpretación”¹²⁴. En efecto entiende a partir de la lectura que hace de MARINA GASCON, que la interpretación jurídica hace

referencia a la atribución de significado a un enunciado jurídico. Precisa que el tránsito desde una disposición jurídica genérica hacia una norma concreta en forma de sentencia se realiza de una manera racional, esto es fundamentada, razonada, motivada.

En este marco entiende el autor en cuestión, que el tránsito de la norma general a la norma concreta implica o demanda razones justificativas. Se esfuerza en precisar que tales razones justificativas se tratan de argumentos en un contexto de justificación y no de personas en un contexto de descubrimiento. Explican que en el contexto de descubrimiento aparecen las motivaciones de orden psicológicas o sociológicas que han condicionado una determinada resolución judicial o argumentación jurídica; en cambio en el contexto de justificación se prescinde del proceso mental que ha conducido a la decisión. Así señalan que en el contexto de descubrimiento encontramos *causas*, en tanto que en el contexto de justificación encontramos *razones*, en virtud del cual se apoyan las decisiones judiciales.

Para mayor claridad veamos el ejemplo que propone el autor en el enunciado dentro de un tren: “Prohibida la entra de perros”. En el supuesto que un transeúnte lleve a un oso, ¿cuál debería ser la norma concreta? Al respecto señala el autor que al menos existe dos posibilidades: 1) “Está prohibida la entrada de perros y sólo de perros” y 2) “Está prohibida la entrada de perros y de otros animales que puedan causar problemas semejantes a los que provocan los perros en una estación de tren”. Frente a la pregunta ¿cuál de las dos opciones es mejor?, para el autor esto dependerá de las razones en que se apoye cada una.

En el ejemplo, entiendo que los que optan por la primera posibilidad, justificarían por ejemplo en que la norma general (Enunciado) sólo se refiere a perros y no a otra clase de animales o que si la norma no precisa, el intérprete no debería hacerlo. Los que optan por la segunda norma concreta, justificarían por ejemplo en que si está prohibido la entrada de los perros, con mayor razón deberá estar prohibido para un oso; o que la finalidad de la norma es prohibir animales que causen o puedan causar problemas a los usuarios del tren como es el caso del perro y de animales semejantes.

fáctica y la segunda está referida a las normas. Respecto a la segunda premisa – premisa normativa – el autor lo clasifica en a) sistemáticas y b) extrasistemáticas. Por premisa normativa sistemática, utilizando la terminología de Hart, son identificadas por la regla de reconocimiento del sistema, el cual explica que la justificación del recurso a estas premisas es innecesaria dado que el operador jurídico habría que limitarse a razonar la subsunción del caso al supuesto jurídico contemplado en la norma y a prescribir las consecuencias jurídicas de dicha norma. Por premisa extrasistemática se refiere a las normas que no pertenecen al sistema jurídico y que puede ser i) expresas y ii) entimemáticas; expresas como normas consuetudinarias, normas extranjeras, normas históricas o también normas de carácter moral que no encuentran fácil justificación porque su aplicabilidad no encuentra un claro apoyo entre las normas del sistema; entimemáticas en el sentido que no aparecen en el razonamiento por ser consideradas obvias.

Siguiendo con el tema de la justificación, el autor explica la diferencia de la justificación interna con la clasificación externa, formulada en estos términos por JERZY WROBLEWSKI. En efecto precisa que la justificación interna se expresa en términos lógicos - deductivos, mediante los cuales se pueden resolver casos fáciles dado que puede ser resueltos con los materiales dispuestos por el ordenamiento jurídico; no obstante ante casos difíciles precisa de una justificación externa, pues se entiende no es suficiente con los materiales que el ordenamiento jurídico dispone; en ese sentido para el autor aquí es donde una Teoría de la argumentación debe alcanzar su mayor virtualidad, para encontrar criterios que permitan revestir con racionalidad aquella parte de la justificación que escapa a la lógica formal. En este marco, subraya que el campo propio de la interpretación es la justificación externa.

El autor se preocupa en explicar que la justificación interna y externa, es un criterio distinto al criterio de las premisas antes advertidas. A tal efecto recurre a CRISTINA ARREDONDO, quien propone llamar al criterio de distinción entre justificación interna y externa “criterio de dificultad de los casos” y al segundo criterio referido a las premisas “criterio de externalidad de las premisas”. El primer criterio - “criterio de dificultad de los casos” – se refiere al problema de la aplicación de la lógica al derecho;

en tanto que el segundo criterio - “criterio de externalidad de las premisas” - se refiere al problema de los límites entre el derecho y la moral y la cuestión de la discreción

judicial.

Siguiendo con la Justificación interna y externa, el autor lo explica en función a la *justificación lógica - deductiva o no* y en función a la *justificación sobre normas sistemáticas o extrasistemáticas*. En función a la *justificación lógica - deductiva o no*, la justificación interna es una justificación lógica - deductiva de un razonamiento jurídico; en tanto que la justificación externa no es una justificación lógica – deductiva. En función a la *justificación sobre normas sistemáticas o extrasistemáticas*, la justificación interna es aquella que recurre a las normas del sistema; en tanto que la justificación externa es aquella que recurre a normas que no pertenecen al sistema jurídico. Como ya se ha subrayado el campo propio de la interpretación es la justificación externa.

El autor precisa que la justificación externa, al cual la llama también de segundo grado, tiene lugar en el supuesto que la justificación interna o de primer grado sea insuficiente; esto es cuando el razonamiento lógico deductivo no sea suficiente para resolver un caso. En su afán de explicar cuando la justificación interna es insuficiente recurre al argumento de MACCORMICK, el cual advierte los problemas de la justificación interna tanto en la premisa normativa como fáctica. En la premisa normativa los problemas advertidos son: 1) problemas de relevancia y 2) problemas de interpretación. En la premisa fáctica: 1) problemas de la prueba y 2) problemas de la calificación de los hechos. Respecto al primer problema de la premisa normativa - *problemas de relevancia* - está referido a la imposibilidad de identificar a las normas relevantes en función del cual se resuelve el caso. Respecto al segundo problema de la premisa normativa - *problemas de interpretación* – tiene que ver con la ambigüedad del lenguaje y de su vaguedad. Respecto al primer problema fáctico - *problemas de la prueba* – se circunscribe en la labor de encontrar los elementos de hecho que nos permita conocer un alto grado de probabilidad de lo que ha sucedido en el pasado. Respecto al segundo problema fáctico - *problemas de la calificación de los hechos* - está circunscrito no ya a los hechos si no a la calificación de los mismos; pues los hechos sólo adquieren una condición relevante sin son traducidos adecuadamente al lenguaje del Derecho.

justificación interna sería suficiente para resolver el caso. Esto sería así, cuando frente a un caso concreto y plenamente identificado (probado) existe una norma que la contenga y que con las demás no existe antinomia alguna; que la solución este precisada. Sin embargo cuando se presente alguno de los problemas antes referido, la justificación de primer orden será insuficiente y será menester una justificación de segundo orden, es decir una justificación externa, donde subrayamos nuevamente que para el autor es donde está el campo de la interpretación. En este contexto, el autor advierte como pistas para una justificación externa, la propuesta de MACCORMICK: 1) una exigencia de racionalidad general que es la coherencia, 2) un principio de la tradición utilitarista, el consecuencialismo, y 3) un principio fundamental de la razón práctica Kantiana, el principio de la universalización.

Respecto a la primera pista – *coherencia*- está referida a una decisión del juez que sea consistente y además atento a los valores implícitos que unifiquen el ordenamiento. Explica el autor que consistencia no es lo mismo que coherencia; en la labor jurisdiccional, entiende que consistencia es la conformidad de una decisión con los enunciados normativos, es decir que no debería existir una incompatibilidad entre la solución de una norma general con la solución dada por el juez; la coherencia, es más que la sola conformidad, va más allá no solo termina en la conformidad con la norma general, también implica que esta norma general, se encuentre en coherencia con los valores implícitos del ordenamiento. Respecto a la segunda pista - *consecuencialismo* – está referido a que en las decisiones jurisdiccionales se debe tener en cuenta, o que deban ser evaluadas, las consecuencias que podrían causar dicha decisión; eso obedece tal como lo explica el autor no a una idea de deber (Teoría deontológica de KANT), sino a una idea de bondad (Teoría consecuencialistas de tradición utilitarista de autores como JAMES y JOHN STUART MILL). Respecto a la tercera pista - *universalización* – se refiere significa que en las decisiones jurisdiccionales se deben tratar del mismo modo todos los casos cuyas propiedades relevantes sean las mismas y de forma distinta a los que tengan propiedades diferentes. Precisa que la universalización de una decisión exige la previa determinación de las propiedades relevantes del caso que son la base del principio de universalidad, cuestión que implica a su vez juicios valorativos que reclaman, una argumentación sobre las razones para seleccionar ciertas propiedades en perjuicio de otras. Visto así a decir del autor tiene mucho que ver con la cuestión de la consistencia y la coherencia.

Sobre el mismo tema RICARDO GUASTINI, también lo desarrolla con el título DISPOSICIÓN vs. NORMA¹²⁵. El autor en cuestión, por interpretación jurídica entiende, a la atribución de sentido o significado a un texto normativo. Llama “texto normativo” a cualquier documento elaborado por una “autoridad normativa”, prima facie como fuente del derecho de un sistema jurídico determinado.

Sobre esta base, hace la diferenciación entre “disposición” y “norma”. Llama “disposición” a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir a cada enunciado del discurso de las fuentes. Llama “norma” a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido a una disposición o aun fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones.

Precisa que entre disposición y norma no hay una correspondencia biunívoca, esto que, no es admisible sostener que por cada disposición, necesariamente, existe una norma. En efecto, al modo como lo explica se pueden dar las siguientes situaciones: 1) *Una sola disposición puede expresar muchas normas separadamente, de acuerdo con las distintas interpretaciones posibles*; 2) *Una sola disposición, puede corresponder o puede dar lugar varias normas en conjunto*, 3) *Dos disposiciones pueden dar lugar a una sola norma*, como es el caso de dos disposiciones que son perfectamente sinónimas, o que dos disposiciones pueden dar lugar a una superposición de normas, como es el caso de dos disposiciones parcialmente sinónimas. También, explica que pueden darse otras situaciones tales como: 4) *que una disposición este privada o no de dar lugar a una norma*; la cual puede darse en dos casos: a) *cuando de una disposición no expresa una norma*, sino que expresa un principio, un programa, una directiva, una valoración, una motivación, etc; b) *cuando una disposición no expresa una norma completa*, pero que en conjunto con otras si puede expresar una norma.

En otro momento de su desarrollo, explica la situación que se puede presentar, respecto a las “normas” sin “disposiciones”. En efecto explica que tal situación se presenta cuando no se puede relacionar con un enunciado preciso de las fuentes como su

significado. Precisa que se puede hablar en dos sentidos: 1) En sentido débil: una norma carece de disposición cuando se obtiene no de una disposición individual, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas entre sí; y 2) En sentido fuerte: una norma carece de disposición cuando es una norma implícita o inexpressa: esto es, una norma que no puede obtenerse mediante interpretación de alguna disposición específica o combinación de disposiciones disponible en las fuentes.

Respecto al primer sentido - sentido débil – el autor señala que para aquel que restrinja el concepto de norma únicamente a las reglas “completas”, probablemente cualquier norma aparecerá privada de disposición en este primer sentido. Respecto al segundo sentido, señala que una norma no expresa, generalmente, se obtiene o de otra norma expresa (por ejemplo, mediante analogía), o del ordenamiento jurídico en su conjunto, o de algún subconjunto de normas unitariamente considerada (el sistema de derecho civil, el sistema de derecho administrativo, etc).

JOSE JUAN MORESO Y JOSEP MARIA VILAJONASA, tratan el tema – Interpretación del Derecho- y sobre el mismo resulta particular referirme a dos puntos en específicos: 1) explicación sobre lo que se entiende por interpretación y 2) las técnicas de interpretación¹²⁶.

Respecto al primer punto - explicación sobre lo que se entiende por interpretación – explica que con el término “interpretación” se puede eludir o bien a una *actividad* o bien al *resultado* de esa actividad, lo primero entiende a modo de ejemplo cuando se identifica las reglas que se deben seguir para la interpretación y lo segundo cuando se ha identificado la interpretación correcta. Identifica un *concepto restringido* y un *concepto amplio* de interpretación, en ambos casos por interpretación se entiende la atribución de un significado a un texto o formulación normativa, sin embargo en el primero sólo tiene lugar cuando en el contenido del texto normativo existen dudas o controversias, en tanto que el segundo, es independiente, esto es que aun cuando el texto es claro es susceptible de interpretación. El autor utiliza el concepto amplio, en razón para determinar la claridad o no del texto normativo, es menester interpretar.

Identifica también tres teorías en torno – entiendo yo – a la *actividad* que se necesita para tener un *resultado*: i) Concepción cognoscitivista, ii) Concepción no cognoscitivista, y iii) Concepción intermedia. En la primera - cognoscitivista – la actividad consiste en *determinar el significado de los textos*, con ello el resultado es un enunciado interpretativo verdadero. En la segunda - no cognoscitivista - la actividad consiste en *adjudicar un significado a un texto normativo*, dando como resultado un enunciado no proposicional, carentes de valores de verdad. En la tercera - intermedia- en algunos casos la actividad es cognoscitivista y en algunos no. En este marco el autor, se decanta por la tercera teoría, al entender que no siempre resulta posible determinar el significado de una expresión lingüística (contenida en el texto normativo), debido conforme a su explicación a situaciones de vaguedad, ambigüedad, o textura abierta del lenguaje que no pueden ser solucionados; frente a ello es necesario asignar estipulativamente un significado determinado a la expresión en cuestión, implicando una decisión discrecional, pero no arbitraria, pues se deberá fundar en determinados estándares valorativos adicionales (morales, sociales, políticos, económicos).

Respecto al segundo punto - las técnicas de interpretación – el autor identifica a dos técnicas generales: i) Interpretación literal y ii) Interpretación correctora. En la primera la interpretación de un texto normativo se adecua al uso común de las palabras y de las reglas gramaticales en una determinada comunidad; en la segunda por contraposición se atribuye un significado distinto al que debería tener el texto normativo, según el uso común de las palabras y de las reglas gramaticales en una determinada comunidad.

Respecto a la primera técnica de interpretación - Interpretación literal - el autor advierte como problema, el hecho que no resulta fácil determinar cuan sea el significado común de una expresión, ya que no siempre es unívoco y preciso. Con esto creo entender que la interpretación literal cobraría fuerza, si es que el texto normativo resulta claro, en el sentido que el significado es común para todos. De todos modos el autor en cuestión explica, que aun cuando esta técnica tenga problemas como el advertido, precisa que los juristas suelen aludir ciertos argumentos para fundamentar esta técnica, como por ejemplo en el caso del derecho penal, en cual se prohíbe una interpretación extensiva, incluso en el derecho privado, cuando se prohíbe interpretar, frente a cláusulas claras,

determinada consecuencia normativa a una determinada clase de sujetos, debe entenderse que sólo a esta clase de sujetos y no a otros debe aplicarse aquella consecuencia normativa.

Respecto a la segunda técnica - Interpretación correctora – hace alusión a la interpretación extensiva o restrictiva. La primera cuando se amplía el significado literal de una formulación normativa, incluyendo en su campo de aplicación supuestos que, según la interpretación literal no encontraría en él; la segunda cuando se reduce el significado literal de una formulación normativa, excluyendo de su campo de aplicación supuestos que, según la interpretación literal entrarían en él. Como argumentos justificadores de la interpretación extensiva, identifica al *argumento analógico*, en donde la regulación de un determinado supuesto es aplicado a otro supuesto con semejanza relevante respecto al regulado, también el *argumento a fortiori*, en donde la regulación de un determinado supuesto, es aplicado a otro, que con mayor razón debería tener tal regulación. Como argumento justificado identifica al llamado por GUASTINI *argumento de la disociación*, en donde se introduce una distinción que el autor de la disposición normativa no lo había establecido, con la finalidad de reducir el campo de aquella disposición sólo a algunos de los supuestos previstos por ella. Precisa que este argumento es parasitario del argumento teleológico, ab absurdam, etc. Pone como ejemplo la palabra “animales”, en esto la distinción introducida para restringir el ámbito de referencia, es que hay animales racionales e irracionales, y con esto se dirá que la norma se refiere sólo a los animales irracionales.

Hasta aquí se ha tratado, los temas que a mi juicio son los más relevantes, para los efectos del presente trabajo. En el tema del concepto de interpretación me resulta claro que es la atribución de un significado a un texto normativo, también que puede ser la adjudicación de un significado a un texto normativo. La claridad en el entendimiento, resulta fácil, al entender en principio la división que los autores hacen entre *disposición o formulación normativa* y *norma concreta o norma simplemente*, también en la relación entre ellas muy bien explicada por GUASTINI. Luego en el tema del camino para llegar a la norma concreta, esto es al producto o resultado de la interpretación o lo que es llamado por JOSE JUAN MORESO Y JOSEP MARIA VILAJONASA, como

Sin embargo a todo esto, ¿cuál es la relación con la Indeterminación del Derecho?. Se entendía a la Indeterminación del Derecho, como un problema en el contenido del derecho y como problema en la interpretación del derecho. Aquí la relación es con los dos problemas. La Indeterminación del Derecho, en tanto problema de contenido, se refiere como ya lo hemos visto a temas de lagunas, vaguedad, ambigüedad, etc; esto tiene como consecuencia un problema de interpretación, pues puede dar como resultado diferentes resultados interpretativos, incluso contradictorios, entre sí; a ésta cuestión última, se refiere a la Indeterminación del Derecho en tanto problema en la indeterminación del derecho. Ambas cuestiones, como también lo sabemos, da lugar a decisiones jurisdiccionales distintas frente a casos iguales o similares, que en concreto es la Indeterminación del derecho.

En este marco, la Interpretación del Derecho, aparece aquí como una variable de solución frente al problema del contenido del derecho; es decir que frente a lagunas, vaguedades, ambigüedades, etc, la interpretación es la solución para la Decisión Jurisdiccional. Pero luego de la Decisión Jurisdiccional, surge un segundo problema: Las distintas y contradictorias Decisiones Jurisdiccionales frente a casos iguales o similares, producto de distintos y contradictorios resultados interpretativos. Este segundo problema es fundamentalmente a lo que nos referimos con Indeterminación del derecho, a causa de un problema en la Interpretación del Derecho.

3.7. Los principios y las reglas en la indeterminación del derecho.

GASCÓN ABELLÁN, M y GARCÍA FIGUEROA, desarrollan el tema en torno a los principios con el título “La cuestión de los principios”¹²⁷. En primer lugar pretende resolver la pregunta ¿por qué son importantes los principios? Intentan dar una respuesta, a partir de caso recurrido por RONALD DWORKIN: Caso Elmer (Riggs contra Palmer. En este caso Elmer mata a su abuelo quien en virtud de un testamento dejaba sus bienes a éste y a sus dos tías, hijas del abuelo. Según el caso, Elmer da muerte a su abuelo a efectos de impedir que el testamento cambie de rumbo, dada la posibilidad de que su abuelo contrajera segundas nupcias. Frente a esta situación

provocada por Elmer, sus tías entablan un proceso judicial a efectos de impedir que Elmer percibiera la herencia de su abuelo a quien le dio muerte. La cuestión que dificultaba la resolución del caso es que en el STATUTE OF WILLS DE NUEVA YORK no contemplaba la indignidad, es decir que no existía regulación frente a este caso. Las demandantes, tías de Elmer, pierden el caso en primera instancia; pero finalmente ganan en la instancia final, basándose el jurisdiccional en el principio formulado en los siguientes términos: *“a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen”*.

En este marco los autores bajo comentario, entienden lo siguiente:

- Los principios representan el *ultimum subsidium*, al que pueden acogerse los jueces para poder decidir dentro del sistema de fuentes sin violentar el principio de legalidad que los somete al Derecho positivo.
- En los últimos años, los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores que han reflexionado en torno a dos extremos 1) Su relevancia para la construcción de una teoría del derecho 2) su importancia en el razonamiento jurídico. “Esta doble dimensión que presentan los principios los convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del derecho y la teoría de la argumentación”.
- “Para saber dónde dejamos de aplicar mecánicamente el derecho primero debemos disponer de alguna teoría que nos informe sobre los límites del derecho”.
- Entre teoría del Derecho y TAJ (Teoría de la Argumentación Jurídica) existe tal interdependencia que algunos autores han llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado “el derecho como argumentación”.
- En teoría del derecho, los principios han sido considerados un elemento que revela vinculación del Derecho a la moral. Denominan a esta doctrina “no positivismo principalista (NPP)” al cual lo formulan en los siguientes términos: si existen principios en el Derecho, entonces es inviable un concepto positivista de Derecho, o dicho aún de otro modo: si existen principios en el Derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral.

En un segundo momento, desarrollan un segundo tema referido al Positivismo vs No Positivismo. Dado que su desarrollo obedecía o tenía por finalidad comprender la teoría del NPP, y teniendo en cuenta que al respecto ya se ha hecho referencia en el marco filosófico, no nos detendremos en este extremo del trabajo de los autores en cuestión.

Un tercer punto desarrollado por los autores bajo comentario, es el tema del PRINCIPALISMO, en donde retoma el trabajo de RONALD DWORKIN, en torno a los argumentos en contra del positivismo. En efecto señala que las consecuencias del caso Elmer con las siguientes (lo mostraremos en resumen):

- El Derecho no solo está compuesto por reglas del estilo “prohibido circular a más de 100 km. por hora”. Existen principios como el formulado en el caso Elmer. Estas normas se distinguen por tener una estructura peculiar y una forma de funcionar diversa en la argumentación de los operadores jurídicos.
- El Derecho no es sólo un conjunto de normas emanadas del legislador o de costumbres sociales, sino que está formado por principios procedentes de la moral. Cobra interés la subdistinción de DWORKIN entre: i) principios en sentido estricto y ii) directrices. Los primeros encarnan derechos individuales, derechos morales frente al Estado que nadie puede arrebatarlos; los segundos son cálculos utilitaristas del estado. Los primeros resultan oponibles a los segundos.
- El juez no tiene por qué crear derecho, en tanto si descubrir aquellos principios que sin ser captados por una regla, pertenecen al Derecho igualmente. El juez no debe ejercer discreción (tesis positivista) ni crear derecho porque el derecho siempre le ofrece una única respuesta correcta: “tesis de la única respuesta correcta”.

En virtud de estas tres consecuencias los autores sintetizan el argumento de los principios contra el positivismo del siguiente modo: i) En todo derecho existen principios, ii) estos principios vinculan estructural y sustantivamente el Derecho y la moral; iii) luego el Derecho y la moral se hallan necesariamente vinculados.

Un cuarto punto desarrollado por los autores es el referido a la **DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS**. Dicho tema para los autores es un tema fundamental, en el

más sentido hablar de NPP. El tema se centra en la estructura y función de los principios.

Explican que teniendo en cuenta su estructura y función, se ha propuesto tres tesis: 1) *tesis fuerte de la separación*, 2) *tesis débil de la separación* y 3) *tesis de la conformidad*. Conforme a la *tesis fuerte de la separación*¹²⁸, existen diferencias cualitativas y no sólo de grado. Son entidades normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes. En otras palabras, toda norma es o bien una regla o bien un principio. Los defensores del NPP suelen sostener esta tesis. Conforme a la *tesis débil de la separación*, existe una diferencia de grado pero no cualitativa. Los criterios tradicionales de distinción (generalidad, fundamentabilidad, vaguedad, superioridad jerárquica, etc) suelen adscribirse a este planteamiento; en donde los principios lo son en mayor grado. Conforme a la *tesis de la conformidad*, no existen diferencias relevantes. En torno a estas tesis los autores señalan que la discusión suelen polarizarse entre los que sostienen la tesis fuerte y los que no lo sostienen.

Atendiendo al contenido de los principios, los autores creen importante la relación de los principios con el derecho. De hecho sostienen que si los principios forman parte del sistema jurídico el tema no sería un problema para el positivismo, empero si cuando el principio se trata de una norma moral sin un soporte institucional como en el caso Elmer. Para aclarar el panorama los autores recurren a la clasificación en cuanto al contenido de los principios propuesto por JERZY WROBLEWSKI, teniendo en cuenta la relación de los principios con el sistema:

1. Principio positivo del Derecho: norma explícita formulada en el texto jurídico.
2. Principio implícito del Derecho: regla considerada como premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas. La interpretación positivista de los principios generales del Derecho los considera fundamentalmente principios implícitos, esto es, principios no formulados en los códigos, pero derivables de sus contenidos.
3. Principio extrasistémico del Derecho: regla que no es principio positivo del Derecho, ni principio implícito del Derecho. Por ejemplo, “a nadie se le permitirá beneficiarse de su propio crimen”

4. Principio nombre del Derecho: nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas: el mandato, el comodato, la compraventa (...)
5. Principio construcción del Derecho: construcción del legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica. Por ejemplo, el principio de prohibición.

Los autores, tienen un par de observaciones en torno a esta clasificación: La primera.- Los principios – nombre y los principios construcción - son instrumentos propios de la dogmática jurídica o instrumentos reconducibles de uno u otro modo a alguno de los primeros tres tipos: explícitos, implícitos y extrasistemáticos, dado que su inclusión parece quebrar en alguna medida el criterio de esta clasificación, a saber, la relación del principio con el sistema jurídica. Lo segundo .- Cada tipo de principio enunciado sugiere un círculo de problemas diverso y provoca paradojas diversas: 1) la referencia a los principios explícitos brinda el pretexto más adecuado para estudiar los rasgos formales de los principios respecto de las reglas, dado que, en tanto que no son distinguibles de éstas por el modo de obtener su validez, deben ofrecernos un marco inmejorable para contrastar con precisión y sin distorsiones las propiedades estructurales y funcionales de las reglas y principios. En efecto refieren que el principio de igualdad regulado en el artículo 14 de la Constitución española es una norma del ordenamiento como lo es el artículo 1445 del Código Civil que define el contrato de compraventa. 2) Los principios implícitos proporcionan la ocasión idónea para incidir sobre los problemas que origina el proceso de la derivación de principios a partir de materiales normativos del sistema jurídico, es decir la, “la producción de normas por medio de las normas”. La función asignada a los principios generales – resolver las lagunas del derecho en defecto de la ley y la costumbre – supone un inconveniente fundamental para una concepción positivista y reformuladora de los principios generales del derecho en la dogmática jurídica: la elaboración de principios generales del Derecho está atribuida a la ciencia jurídica, sin que esta pueda modificar la base del sistema y, sin embargo, tal modificación es precisamente lo que se quiere de los principios cuando son invocados en último recurso para la integración del sistema. 3) la problemática causada por la noción de los principios extra - sistemáticos en torno al discurso en torno a la relación de Derecho y moral: principios que están fuera del sistema jurídico a la vez que pertenecen al Derecho. Desde una estricta estipulación conceptual positivista, los principios extrasistemáticos califican adecuadamente su carácter; por el contrario, desde

la óptica de los no positivistas, la designación de estos principios como extrasistemáticos sirve de argumento para poner de manifiesto la estrechez del marco teórico del positivismo al caracterizar los sistemas jurídicos.

Hecha las observaciones los autores sostienen que la razón de esta diversa virtualidad de principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos, reside en que los primeros son directamente válidos dado que pertenecen al sistema de acuerdo al criterio de legalidad; lo segundos son indirectamente válidos, dado que reposa sobre una adecuación de las normas inmediatamente válidas, pertenecen al Derecho según el criterio de deducibilidad y finalmente los principios extrasistemáticos, adolecerían de una validez discutible. Serán calificables como no válidos desde la perspectiva del positivismo jurídico y como válidos desde una posesión no positivista.

En base a estos principios se centra el debate acerca de la validez del derecho y ello equivale a decir que protagonizan buena parte de las discusiones surgidas del enfrentamiento entre el positivismo jurídico y sus teorías antagónicas. Se enfrentan así dos concepciones de la validez de las normas, por un lado la validez entendida fundamentalmente como pertenencia a un sistema jurídico, identificado por un criterio formal, ejemplo, la regla de reconocimiento Hartiana y de otro lado la validez como obligatoriedad, según la cual una norma existe si es moralmente obligatoria.

Siguiendo con el tema de la distinción entre reglas y principios, los autores describen la distinción realizada por DWORKIN, para quien existe una distinción lógica entre principios y reglas. En resumen explican que DWORKIN sostiene una distinción fuerte, cualitativa y no meramente gradual. Esta distinción lógica parte de dos criterios: el criterio de distinción de todo o nada de las reglas y el criterio de la dimensión de peso de los principios. Según el criterio disyuntivo, las reglas se aplican a la manera de todo o nada. Se puede definir a las reglas como aquellas normas que cuentan con un cierto número de excepciones. El criterio de la aplicación de todo o nada de las reglas deriva finalmente hacia lo que se podría llamar el carácter exhaustivo de las excepciones. Entre reglas no existe propiamente un conflicto. En ese sentido cuando dos reglas entran en conflicto, es posible: 1) que una de ellas no sea válida y 2) que una de ellas sea

existencia de una antinomia normativa entre dos reglas, existen criterios que bien pueden resolver la cuestión: jerarquía, especialidad, posterioridad. Los principios a diferencia de las reglas, presentarían una dimensión de peso. Son principios típicamente aquellas normas que tutelan derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, a la libertad y otros de rango normalmente constitucional. No excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto. Entre dos principios no suelen generarse antinomias, sino más bien tensiones; las cuales no pueden resolverse por los criterios de resolución de antinomias, debido características propias de los principios: i) imposibilidad en la determinación de la jerarquía, ii) extremo grado de generalidad, ii) imposibilidad de determinar la posterioridad. Los principios habrían de ser balanceados o ponderados con otros en conflicto y solo en el caso concreto podría articularse la prioridad.

Para los autores, este criterio de distinción, puede someterse a algunas críticas. En efecto es posible seguir dos vías fundamentales: mostrar casos en que las reglas presenten rasgos asignados exclusivamente a los principios o, alternativamente, mostrar casos en que los principios presentes rasgos asignados exclusivamente a las reglas (principalización de reglas o regularización de principios). Cabe preguntarse ¿Qué sucede cuando entran en conflicto una regla y un principio? la aplicación de la regla exige una argumentación, de manera que falla el presupuesto de la aplicación todo o nada. Situación similar sucede en casos de aplicación analógica de la regla, indeterminación conceptual y vaguedad, en esos casos también se exige argumentación para su aplicación.

En la misma ilación del tema – distinción entre reglas y principios – los autores bajo comentario también describen el desarrollo realizado por ROBERT ALEXY: Los principios como mandatos de optimización. Explican en resumen que para ROBERT ALEXY el criterio fundamental para distinguir a los principios de las reglas es la dimensión de peso de los principios, su ponderación. Caracteriza a los principios como mandatos de optimización; como tal deben realizarse en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas del caso. Describe a las reglas del siguiente modo “(...) las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige ni más ni

En base a estas definiciones los autores identifican algunos aspectos fundamentales de la concepción alexina de los principios:

- Gradualidad.- los principios ordenan que se realice “algo en la mayor medida posible”. Presupone esto mayor o menor grado de satisfacción de los principios, dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas. El cumplimiento de las regla no pueden someterse a gradualidad “solo pueden ser cumplidas o no”.
- Optimización.- El cumplimiento de los principios debe tener lugar, “en a mayor medida posible”, luego el principio exige la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.
- El deber ser ideal.- la optimización se regula a partir del “deber ser ideal” (ideales sollen) que marca el horizonte de la “mayor medida posible”.
- Carácter prima facie.- los principios no son mandatos definitivos. Tienen una virtualidad prima facie dentro de unos límites fácticos y jurídicos. A diferencia de las reglas no contienen determinaciones.

Sobre esta posición, lo autores, también identifican algunas ambigüedades al respecto:

- No está claro si el principio es un mandato de optimización de una norma o es la propia norma que debe ser optimizada.
- El carácter prima facie no parece que se trate de un rasgo plenamente distintivo respecto de las reglas. Parece difícil que sirva esta distinción para fundar una distinción fuerte entre reglas y principios en el plano conceptual.

En opinión de los autores, la remisión a una teoría de la argumentación es el criterio fundamental para distinguir principios y reglas: los principios se distinguen de las reglas por que remiten a una teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, dado que también las reglas pueden requerirla, es necesario sostener en realidad la tesis débil de la separación entre reglas y principios y formular la distinción en los siguientes términos: un principio es una norma que requiere, en mayor medida que una regla, el recurso a una teoría de la argumentación jurídica.

Finalmente en torno a la distinción entre reglas y principios, los autores describen y explican el desarrollo realizado por MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO.

Según estos autores de un lado la distinción entre reglas y principios pueden plantearse
No olvide citar esta tesis

UNFV

desde un enfoque estructural, a partir del carácter cerrado o abierto de la norma y desde un enfoque funcional considerando a las normas como razones para la acción.

Utilizan como ejemplos tres preceptos del ordenamiento jurídico español:

Regla.- Art. 28 del Estatuto de los Trabajadores: “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...) sin discriminación alguna por razón de sexo”.

Principio.- artículo 14 de la Constitución: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

Directriz: artículo 40.1 de la Constitución: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo

Sobre estos ejemplos MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO proponen tres enfoques que definen las diferencias: 1) estructural, 2) funcional y 3) poder e intereses implicados. Los autores bajo comentarios señalan que interesan aquí los dos primeros enfoques: 1) estructural y 2) funcional.

Respecto al enfoque estructural las normas tienen un supuesto de hecho y frente a ella una consecuencia jurídica. Dentro de esta premisa, la configuración es cerrada cuando existe una determinación de los casos a que se refiere y será abierta cuando existe indeterminación a los casos que se refiere. Las reglas tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, ambas variables cerradas; así en el ejemplo propuesto, el supuesto es “trabajo igual de hombres y mujeres” y la consecuencia es un “obligatorio el salario igual”. En los principios el supuesto de hecho es abierto; en el ejemplo el supuesto es indeterminado dado que no se identifica un caso concreto, frente a la consecuencia cerrada “prohibición de trato discriminatorio. En las directrices, ambas variables – supuesto y consecuencia jurídica – son abiertas, pues no se puede determinar, sólo señala el estado de cosas final, el resultado, al cual debe tenderse con ella).

para actuar y de segundo orden para excluir la deliberación; es decir son razones excluyentes de la toma en consideración de otras razones. Independientes del contenido porque tal exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen del tal regla. Por el contrario los principios son razones no perentorias; es una razón de primer orden para actuar, pero no excluye la deliberación, la toma en consideración de otros principios para actuar; abre paso a la deliberación de otras razones en posible conflicto para tomar una decisión. Que sea una razón independiente o no de su contenido, dependerá del tipo de principio; si es explícito sería una razón independiente de su contenido, y si es implícito sería dependiente, pues su fuerza motivadora dependerá de su adecuación a las normas de las que deriva.

En el último punto antes de concluir, los autores desarrollan el tema referido a los principios y valores en torno al artículo 1.1. de la Constitución española. En efecto el contenido del artículo en cuestión reza: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Sobre esta base pretenden precisar la diferencia entre valor y principio; en su pretensión recurre a la tripartición de los conceptos prácticos de VON WRIGHT, a la cual habría recurrido ALEXY: los conceptos prácticos se dividen en: 1) deontológicos, 2) axiológicos y 3) antropológicos. Los primeros determinan algún debe ser, como mandatos, prohibiciones, permisiones etc; los segundos que determinan que algo es bueno, valioso, como lo bello, económico, seguro, eficaz, etc y los terceros refieren elementos enraizados en la naturaleza humana como voluntad, interés, acción, decisión, etc.

En este marco, el principio es un concepto deontológico, en tanto que el valor un concepto axiológico. Así cuando hablamos del principio de igualdad, nos referimos a la norma que prescribe que no se debe discriminar; cuando hablamos del valor igualdad, estamos estableciendo como algo positivo, aunque en rigor esto no debería de por sí representar una norma. Dado este cuadro, los autores sostienen que los término “valor” en el artículo 1.1. de la Constitución puede ser sustituido por el término “principio”, con la consecuencia de designar normas en lugar de criterios de valor y de desplazar la carga axiológica desde el término “valor” al término “propugna”, que cargaría axiológicamente a los neutros principios. De este modo los contenidos de los valores o principios no tienen gran consecuencia siempre que sea consciente de la verdadera

dimensión de este tipo de disposiciones.

Definida la relación precisan que la utilidad de los valores en el artículo 1.1. de la Constitución. Así señalan que los valores se conjugan dos notas: 1) su elevada altura jerárquica y 2) su pronunciada vaguedad, rasgos que parecen ser el origen de que sean “normas de clausura” y “normas de apertura”; de clausura porque desde su jerarquía en el ordenamiento deben completar, guiar y limitar el resto de las normas del ordenamiento y en la labor jurisdiccional; de apertura porque su vaguedad proporciona un amplio margen de maniobra al aplicador del Derecho, invocándolos en forma muy flexible.

Tratado todos los puntos a los cuales se ha hecho referencia, los autores entienden que es posible definir a los principios como aquellas normas que remiten a la teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas. Lo que explicaría que las reglas se aplican a los casos fáciles y los principios a la esfera de los casos difíciles. Tal entendimiento parte de la idea de que la distinción entre reglas y principios es más propia de una teoría de la argumentación jurídica que de una teoría de los sistemas jurídicos, como la sostenida por RONALD DWORKIN, en donde las reglas y principios se distinguen claramente sólo después de ser interpretados y aplicados, esto es una vez que el juez ha categorizado la situación.

Hasta aquí, creo suficiente el desarrollo, sobre los principios y la distinción con respecto a las reglas; ahora toca entrar a tallar sobre la relación que tendrían los Principios y las Reglas con la Indeterminación del Derecho. Por Indeterminación del Derecho, cabe recordar, los entendemos, como un problema en el contenido del derecho y como problema en la interpretación del derecho. En este marco, es menester precisar y/o definir si en la Regla y el los Principio se presenta el problema de indeterminación del derecho. Esto claro implicaría determinar en principio que entendemos por Regla y por Principio. Sobre esto como ya se ha desarrollado, respecto a lo que se entiende por principios hay matices diferentes y sobre las reglas hay posturas diferentes. Atendiendo a ello, a mi juicio si bien los matices y posturas sirve para tener una ida general sobre los principios y la diferencia con las reglas, creo que para entender la relación en

antes; luego ya sería menester resolver los cuestionamientos que se adviertan. De modo que la premisa inicial no es definitiva hasta que se resuelvan los cuestionamientos.

Antes de proponer la premisa, debo dar un marco previo. En efecto, cuando me refiero a las Reglas y Principios, lo estoy identificando no como el contenido o fuente del derecho, sino lo que se desprende de ello en virtud de la interpretación; recurriendo al desarrollo de GUASTINI de *dispositivo vs norma*, por dispositivo hace alusión al contenido o fuente del derecho y por norma a lo que se desprende del dispositivo en virtud de la interpretación. De allí entiendo a las Reglas y los Principios como normas y en ese entiendo como los instrumentos de solución frente a un caso concreto.

Sobre este marco, parto de la premisa entendiendo que estoy frente a una Regla cuando se ha identificado del contenido del derecho una regulación sin margen de indeterminación frente a un caso concreto; y estoy frente a un Principio cuando se ha identificado del contenido del derecho una regulación con un margen de indeterminación frente al caso concreto. Respecto al contenido del derecho no sólo se circunscribe al enfoque positivista, también al enfoque no positivista, dado que, es posible que no exista regulación, identificable del contenido del Derecho Positivo, pero si fuera de él, esto es en el “*debe ser del Derecho*”, guiado fundamentalmente por criterios morales, de los cuales se pueden desprender reglas y principios (ejemplo: caso ELMER). Lo determinante es que del contenido del derecho o fuente del derecho se desprenden las reglas y los principios; las reglas cuando en el contenido del derecho no existe margen de indeterminación y los principios cuando en el contenido del derecho existe un margen de indeterminación.

En este marco, frente a la pregunta ¿Qué relación existe entre *Regla e Indeterminación del Derecho*?. Si entendemos que estamos frente a una regla cuando se ha identificado del contenido del derecho una regulación sin margen de indeterminación frente a un caso concreto, la respuesta sería que no existe relación alguna. Resulta propicio para entender, el ejemplo de *regla* propuesta por MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO: “*El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...) sin discriminación alguna por razón de sexo*”. (Art. 28 del

remuneración es la mitad a la de JUAN; frente a este caso, el dispositivo en cuestión regula de manera específica, de modo que no hay margen de indeterminación para los efectos de una Decisión Jurisdiccional.

Sin embargo, si tenemos en cuenta, el discurso constitucional, conforme al cual una regla contraria al contenido constitucional puede perder su validez, como sucede con los casos de inconstitucionalidad de las normas, donde incluso tales normas son expulsadas del contenido del derecho; en ese caso la respuesta no sería la misma que la anterior. Veamos en el ejemplo de MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO, pero estas veces, haciendo un cambio en el dispositivo normativo, siendo el contenido del siguiente modo: *“El empresario no está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...)”*. Suponiendo también que el caso concreto sea el siguiente: *MARÍA tiene el mismo trabajo o desempeña la misma labor que JUAN, sin embargo su remuneración es la mitad a la de JUAN*; frente a este caso, el dispositivo en cuestión regula de manera específica, de modo que no hay margen de indeterminación para los efectos de una Decisión Jurisdiccional; pues la regla que se desprende es que el empleador puede hacer pagos de salarios distintos aun cuando el trabajo o la labor que desempeñen sea distinto. Sin embargo esta regla perdería validez frente al principio propuesto por MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO: *“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* (artículo 14 de la Constitución española). En esta segunda situación la relación de regla e indeterminación del derecho, no sería negativa.

También, si tenemos en cuenta, las cuestiones de antinomias, que darían lugar a la existencias de reglas contrarias frente a un mismo caso. Aquí nos encontramos frente a dos regulaciones específicas frente a un caso concreto, sin margen de indeterminación pero contrarias entre sí. Siguiendo con el mismo ejemplo, y los cambios efectuados, como regulaciones específicas tenemos: 1) *“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...) sin discriminación alguna por razón de sexo”* y 2) *“El empresario no está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...)”*. Entre estas dos reglas, advertimos una antinomia,

JUAN”, si bien estamos frente a una regulación específica, la soluciones de todas maneras serán contradictorias, esto debido a un problema de contenido, pues desde el contenido del derecho ya se aprecia un problema que da lugar a la indeterminación del derecho, al no identificarse de primeras, cual es el contenido aplicable al caso concreto.

De este modo es de precisar que si bien, aún en el entendido que estamos frente a una regla cuando se ha identificado del contenido del derecho una regulación sin margen de indeterminación frente a un caso concreto, ello no implica que la regla no tenga relación alguna con la indeterminación del derecho; para ello baste con probar que en el caso de las reglas invalidadas en razón de su inconstitucionalidad, aun cuando la regulación sea específica para el caso concreto, el derecho no está determinado; discurso parecido sucede con las antinomias donde a pesar de estar frente a regulaciones específicas, por su contradicción entre ellas, se genera indeterminación. Nos encontramos aquí frente a una indeterminación a causa de un problema en el contenido del derecho, ya sea porque un determinado contenido del derecho es contrario al contenido del derecho constitucional o porque existen contenidos contrarios.

Ahora bien, ¿qué sucede si se cuestiona a la premisa respecto a lo que se entiende por regla?. La premisa que he propuesto es: *Estoy frente a una Regla cuando se ha identificado del contenido del derecho una regulación sin margen de indeterminación frente a un caso concreto*. Un cuestionamiento sería por ejemplo que en la premisa se ha dado un concepto de Reglas que se desprende de un dispositivo legal lo suficientemente claro que no dé lugar a la Indeterminación del Derecho, es decir que no haya problemas en su contenido, tampoco en su interpretación; sin embargo – se diría – que también se entiende por regla cuando un dispositivo normativo, regula un supuesto de hecho y una consecuencia normativa (concepto estructural de MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO), sin que ello implique la no existencia de un margen de indeterminación debido a problemas en su contenido como ambigüedades o vaguedades. Frente a tal cuestionamiento, atendiendo a la premisa conceptual diría lo siguiente: *si hay margen de indeterminación en el contenido del dispositivo entonces no es posible que se desprenda una regla frente al caso concreto*. En la premisa propuesta, la Regla tiene lugar cuando en el contenido del derecho no hay margen de indeterminación, por cuanto hay una regulación específica frente a un determinado caso; pero si en el contenido del derecho hay un margen de indeterminación ya sea en el supuesto de hecho o en la

consecuencia jurídica, entonces de allí nos es posible obtener una sola regla, sino más de una e incluso contradictorias. De aquí se da paso a un problema en la interpretación, pues el jurisdiccional tendrá en frente más de una regla a partir de un mismo contenido del derecho y para un mismo caso: ¿cuál de las reglas es la correcta?.

Es de precisar que al entender a la Regla, no como contenido del derecho sino como el resultado de la interpretación del derecho; no es posible afirmar que estamos frente a una regla clara o que estemos frente a una regla no tan clara o confusa, porque ese problema se presente en el contenido del derecho, es en el contenido del derecho que podemos decir que no es claro, que es vago o ambiguo y por tanto no es posible extraer de ello una única regla, frente a un determinado caso. En este entendido si en el contenido de los derechos hay un margen de indeterminación, el resultado es que habría más de una regla, o quizás no se obtenga ninguna.

Ahora bien siguiendo con la premisa, referida a lo que entiende por Regla, se ha determinado que la Regla no es ajena a la relación con la Indeterminación del derecho; pero también, tal y como se entiende el concepto, la Regla también tendría relación con la Determinación del derecho. En efecto eso es posible, cuando la regla obtenida es conforme y/o no es contraria a las normas que se desprenden del contenido constitucional y/o legal. Es decir que la regla es válida, luego de un control legal y constitucional. En este caso ya no estamos frente a una indeterminación del derecho, pues se ha obtenido una regla válida frente a un caso concreto. En este entendido, el ideal en el Derecho para solucionar un caso concreto es identificar la regla válida que dé solución a un caso concreto. A modo de ejemplo y siguiendo con los dispositivos propuestos por MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO: 1) *“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...) sin discriminación alguna por razón de sexo”* (dispositivo legal). 2) *“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* (dispositivo constitucional). Suponiendo que el caso concreto sea el siguiente: *MARÍA tiene el mismo trabajo o desempeña la misma labor que JUAN, sin embargo su remuneración es la mitad a la de JUAN.* Aquí el caso concreto se soluciona

igual salario que JUAN (Puede haber otros modos pero en sustancia es la misma regla). Luego, es de ver que la regla obtenida no es contraria a lo que se puede desprender del dispositivo 2): principio de que todos son iguales ante la ley, o el principio de igualdad simplemente. De este modo es de advertir que estamos frente a una regla válida, pues en conforme a un principio constitucional.

Dicho esto pasemos ahora, al tema de la relación entre Principio e Indeterminación del Derecho. ¿Qué relación existe entre *Principio e Indeterminación del Derecho*?, al comprender que estamos frente a un Principio, cuando se ha identificado del contenido del derecho una regulación con una margen de indeterminación frente al caso concreto, entiendo que el principio es una fuente de indeterminación del derecho. El Principio, a diferencia de la Regla no tiene relación con la Determinación del Derecho, sólo la tiene con la Indeterminación del Derecho. Resulta propicio para entender, el ejemplo de *principio* propuesta por MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO: “*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” (artículo 14 de la Constitución española). En este dispositivo, identificamos una regulación general sin que se pueda estar referido a un hecho específico. De manera que si estamos ante un hecho específico: *MARÍA tiene el mismo trabajo o desempeña la misma labor que JUAN, sin embargo su remuneración es la mitad a la de JUAN*, la solución o la Decisión Jurisdiccional, no aparece tan clara, pues la regulación es muy general. El caso que María interponga una demanda a efectos de que se le pague el mismo salario que JUAN, el empleador diría que JUAN cumple la misma labor pero en cuestión de cantidad o de calidad Juan es mejor, o cualquier otra justificación. En este caso, si bien en función de una regulación general - del cual se puede extraer principios como: 1) Igualdad ante la Ley, 2) No discriminación por razón de sexo – es posible la solución del caso; no obstante, tal solución, exigirá del jurisdiccional mayor argumentación. En esto coincidimos con lo desarrollado por GASCON ABELLÁN, M y GARCIA FIGUEROA, cuando sostiene que los principios implican en mayor medida que una regla, el recurso a la argumentación jurídica.

siempre con un margen de indeterminación. Atendiendo al diseño del derecho en un Estado constitucional, el Constituyente regula de manera general el contenido constitucional, dejando al Legislador para que regule de manera específica el contenido legal y sobre este los demás contenidos infralegales. Atendiendo a las fuentes del derecho, en el diseño del derecho nacional, el contenido del derecho no se agota en el contenido normativo, además de ello está el contenido jurisprudencial y otros más que en su conjunto conforman las fuentes de derecho diseñado por el constituyente en la Constitución. De estos contenidos, vía interpretación se desprenden principios y reglas. Reglas cuando del contenido del derecho se identifica una regulación específica frente a un caso concreto, sin margen de indeterminación; y principios cuando se identifica una regulación con un margen de indeterminación frente a un caso concreto.

Ahora bien, si entendemos que la Indeterminación del Derecho, constituye un problema para la decisión jurisdiccional, la solución es determinar el derecho; si esto es así cabe la pregunta ¿cómo se determina el derecho?, conforme a lo que hemos venido diciendo sobre la relación de la Regla con la Determinación del Derecho, la respuesta es identificando una Regla válida. De modo que un caso siempre debe ser solucionado, a partir de una Regla válida, de modo que la labor jurisdiccional consistirá fundamentalmente en identificar la regla válida. Si esto es así ¿mediante el Principio, no se puede solucionar un caso?, la respuesta es negativa, pues mediante el principio si se puede solucionar el caso, sin embargo por sí solo no es suficiente, pues identificado el principio, dado a su generalidad, implica de una argumentación jurídica que dé como resultado la identificación de una regla para la solución al caso concreto.

Cuando se ha desarrollado el tema del contenido del derecho, conforme a nuestro diseño jurídico, se advirtió en el sentido que si el caso no puede ser solucionado mediante la norma, se ha de recurrir al principio. A esto hay que entender que si el caso no se puede solucionar mediante una regla hay que recurrir a un principio. En el caso de las labores del Constituyente y del legislador resulta relevante para ejemplarizar la cuestión. De la labor del Constituyente se desprende principios, que el Legislador deberá interpretar a efectos de regular de manera específica y delimitar el campo de regulación del principio. En la práctica es imposible que el Legislador cumpla a cabalidad con regular de manera específica los innumerables casos que resulten relevantes; esta situación hace legítima la intervención de la labor del Juez en pro de la configuración del derecho. De

modo que el problema de la indeterminación del derecho, no se soluciona con la sola labor del Constituyente y del Legislador, requiere además del Juez y en este campo el tema es amplio, pues se tiene que llegar al juez de máxima jerarquía para llegar a la Determinación del Derecho, que será definitivo sólo hasta que no se produzca un cambio en dicha determinación.

Entonces, es de entender que la determinación del derecho, implica la identificación de una regla válida. En esto un principio es fundamental para solucionar un caso, pero por si sólo no es posible la solución a un caso, implica su interpretación para identificar la o las reglas que de allí se puede extraer. En un caso concreto de no existir una regla específica para la solución del caso se deberá recurrir al principio, del principio por su generalidad se puede extraer más de una regla, y de estas el jurisdiccional deber argumentar para determinar cuál es la válida. Este discurso sometido a la jerarquía jurisdiccional, da la posibilidad de que una norma válida para un determinado Juez, no lo sea para el superior jerárquico, por lo que la validez de una regla en definitiva será posible en el Jurisdiccional de máxima jerarquía.

Para mayor claridad, como ya lo hemos desarrollado, el contenido del derecho, implica recurrir a las fuentes del derecho como las fuentes normativas, jurisprudenciales y otros. Hablemos por ejemplo de las fuentes normativas. En las fuentes normativas, se encuentran el producto de la labor de los Constituyentes y de los legisladores. Este producto llega a nosotros o al intérprete en forma de dispositivos normativos, generalmente codificados, los cuales no necesariamente están estructurados en forma de reglas o principios, estos implican una interpretación previa. En realidad, los jueces al resolver un caso necesariamente deberán identificar los dispositivos relevantes aplicables y desde luego también es necesario un acto de interpretación de los contenidos de dichos dispositivos, luego de ello es posible la identificación una regla o un principio

Discurso parecido sucede con las demás fuentes. Así por ejemplo en el caso de la jurisprudencia, que llegan a nosotros o al intérprete en forma de criterios de los jurisdiccionales respecto a la identificación o a la interpretación del contenido del derecho, todos ellos contenidos en las resoluciones judiciales, al igual que en los dispositivos normativos, tampoco están estructurados en forma de reglas o principios.

En este entendido, aquí también los jueces tienen una labor previa en identificar e interpretar el contenido de estos criterios para finalmente dar con una regla o con un principio que resulte aplicable al caso sometido a su conocimiento.

En suma, podemos decir que la regla y el principio es el resultado de la labor jurisdiccional con el cual se pretende resolver la indeterminación del derecho. En teoría, si por cada caso del contenido del derecho se desprendiera una regla y su validez no esté en cuestión, sencillamente no estaríamos hablando del problema de la indeterminación del derecho. En la práctica la identificación de la regla válida no es una tarea sencilla, tampoco significa que sea imposible, pues habiendo una jerarquía máxima, esta tendrá la labor de determinar en definitiva tal regla válida frente a un caso concreto. También puede ser posible, cuando existe uniformidad de la regla en todos los operadores jurisdiccionales a partir de un mismo contenido del derecho; dicho de otro modo, cuando del contenido regulativo frente a un mismo caso, todos los jurisdiccionales extraen la misma regla válida. En principio para que una regla válida sea uniforme en los casos similares, es necesario que en el proceso de identificación e interpretación del derecho exista también uniformidad. En el contexto de los dispositivos normativos, sería que todos los jurisdiccionales identifiquen los mismos dispositivos normativos relevantes al caso y que la interpretación de los mismos sean de igual modo uniformes. Sólo en ese marco es posible tener un mismo resultado en la identificación de la regla de solución. En este marco, los principios extraídos del contenido del derecho, serán objeto de interpretación para determinar la regla válida.

4. EL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

El Tribunal Constitucional desde el 2004 hasta el año 2009, ha emitido treinta y nueve precedentes vinculantes, ante diferentes supuestos, tales como: 1) “conflictivos o contradictorios en la labor jurisdiccional”; 2) “interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad”; 3) “vacío normativo”; 4) “norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades”; y 5) “necesidad de cambiar de precedente vinculante”.

4.1. Frente a “conflictivos o contradictorios en la labor jurisdiccional”.

Respecto al primer supuesto - *“conflictivos o contradictorios en la labor jurisdiccional”* - conforme lo establece el Tribunal Constitucional, en la STC N0024 - 2003 –AI/TC, este supuesto se presenta: *“cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir cuando se acredita la existencia de conflictivos o contradicciones en la labor jurisdiccional debido a las distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos”*. Como ya se ha venido sosteniendo el problema de la indeterminación del derecho se debe fundamentalmente al problema en la identificación del derecho y el problema de la interpretación del derecho. En este supuesto estamos más propiamente frente a un problema de interpretación del contenido del derecho. Aquí la identificación de la fuente del derecho, no es el problema principal sino la interpretación de la misma.

Un ejemplo del presente supuesto, aunque no con tanta precisión, lo constituye la STC N° 2791-2005-PA (Caso Julio Soberón Marquez y Gastón Ortiz Acha a Favor de Alberto Fujimori – inhabilitación política vs inhabilitación judicial)¹²⁹. El problema de indeterminación radicaba en torno a la concepción o interpretación de la figura jurídica de la Inhabilitación política. Frente a este problema de indeterminación, el Tribunal Constitucional, entre otras cuestiones, intenta resolver, de la siguiente manera: i) precisando la distinción entre la Inhabilitación política vs Inhabilitación judicial, y ii) determinado los límites de la figura jurídica en cuestión. Así respecto a la distinción

¹²⁹Esta sentencia, constituye precedente vinculante en virtud de todos los fundamentos de la sentencia. En el presente caso un tercero, interpone acción de amparo a favor de don Alberto Fujimori Fujimori contra el Congreso de la República, solicitando que se declare inaplicable al beneficiario la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero de 2001, mediante la cual se lo inhabilita para ejercer funciones públicas por un período de diez años. Sostienen los recurrentes que el ex presidente Fujimori no fue notificado de ninguna forma de las denuncias interpuestas en su contra, impidiendo el ejercicio de su defensa por sí mismo y con la asistencia de abogado, conforme lo manda el segundo párrafo del artículo 100.º de la Constitución Política, omisión que vulnera sus derecho constitucional a un debido proceso. Como criterio de procedibilidad el Tribunal Constitucional, establece que existe legitimidad para obrar de un tercero demandante; y como cuestión de fondo determina que no se ha vulnerado sus derechos por los cuales interpone su demanda de amparo dado que “(...) el 22 de enero de 2001 el Congreso de la República, en cumplimiento del segundo párrafo del inciso e.3) del artículo 89.º del Texto Único Ordenado de su Reglamento, vigente en ese momento, notificó al señor Alberto Fujimori Fujimori las Denuncias Constitucionales por la infracción de los artículos 38.º y 118, inciso i), de la Constitución Política, a través del diario oficial “El Peruano” y el diario “El Comercio”, como periódico de circulación nacional, así como en la página web de ambos diarios, para que el referido ciudadano ejerciera su defensa ante la Comisión respectiva, por lo que no se han vulnerado sus derecho de defensa y al debido proceso”.

entre la Inhabilitación política vs Inhabilitación judicial, conforme a los establecido por el Tribunal en el fundamento 3 de la sentencia, la inhabilitación política opera por decisión del Congreso de la República y tiene los efectos de inhabilitación para el ejercicio de toda función pública, mientras que la inhabilitación judicial es consecuencia de una sentencia judicial que suspende el ejercicio de la ciudadanía, de acuerdo con el artículo 33° de la Constitución Política del Perú. Respecto a la los límites de la figura jurídica en cuestión, el Tribunal sostiene que no puede extenderse más allá de lo dispuesto en nuestra Carta Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación vigente¹³⁰; y en base a estos límites, desarrolla la debida interpretación de la figura en cuestión¹³¹. En ese sentido, en el fundamento 4 de la sentencia el Tribunal señala que “La inhabilitación política no puede extenderse más allá de lo dispuesto en nuestra Carta Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación vigente. En efecto, el artículo 29.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por Resolución Legislativa N.º 13282, indica que “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Igualmente, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Decreto Ley N.º 22128, reconoce que “1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones; 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, y 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Finalmente, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

¹³⁰Véase el fundamento 4 de la sentencia.

¹³¹Con la finalidad de conocer el desarrollo constitucional y legal de la inhabilitación política que hace el tribunal Constitucional véase los fundamentos 4 y siguientes de la sentencia.

aprobada por Decreto Ley N° 22231, indica que la libertad de pensamiento y de expresión debe ser ejercida, sin censura previa, pero sujeta a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y con respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Es, pues, evidente que, como todos los derechos y libertades, la libertad de expresión no es de naturaleza absoluta, y su ejercicio debe estar sujeto a la regulación legal.

Otro ejemplo, para este supuesto lo constituye la STC N° 349 -2004-PA/TC (Caso María Elena Cotrina Aguilar – ponderación de derechos)¹³². En la presente causa estamos frente a una modalidad de casos donde se tiene un conflicto entre un derecho fundamental y un bien jurídico; lo que conllevaría a contradicciones en la resolución de los casos. En ese sentido el Tribunal, mediante la presente sentencia, advierte que la fórmula para solucionar estos tipos de conflictos es la ponderación. En el caso en particular bajo comentario, por un lado tenemos el derecho a libre tránsito y al frente tenemos al bien jurídico: seguridad social. Aquí el Tribunal, para los efectos de ponderar delimita en principio el contenido de cada uno, esto es del Derecho al Libre Tránsito y el Bien jurídico “Seguridad Social”. En efecto respecto al derecho a la libertad de tránsito, el Tribunal ha advertido que tal derecho, tiene límites explícitos e implícitos. Respecto a los límites explícitos el tribunal ha precisado, en los fundamentos que van desde el 8 hasta el 11, cuatro supuestos, siendo estos: 1) Mandato formal emitido por autoridad judicial; 2) Consideraciones jurídicas que impone la ley de extranjería; 3) Razones de sanidad; y 4) Estados de emergencia o de sitio. Todas estas restricciones no deben estar exentas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Respecto a las restricciones implícitas, el tribunal lo ha precisado en el fundamento 12 de la sentencia; en efecto ha señalado que “las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no por

¹³²En el presente caso la recurrente interpone acción de amparo contra el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Los Olivos, solicitando que se suspenda la instalación de rejas metálicas en la intersección de la cuadra 74 del jirón Manco Cápac con la avenida Venus, en la urbanización El Trébol, 2.ª etapa, distrito de Los Olivos, la cual se encuentra a 30 metros de su vivienda, por considerar que con tal proceder se vulneran sus derechos constitucionales al libre tránsito y a los transportes. La demanda es declarada fundada en parte. La presente sentencia, constituye precedente vinculante, en virtud de sus fundamentos que van desde el 5 al 20. En estos fundamentos, el tribunal hace una debida interpretación, en principio del derecho fundamental a libre tránsito y luego al bien jurídico seguridad social. Asimismo, establece que la ponderación, es la fórmula de solución frente al choque entre el derecho a la libertad de tránsito y el bien jurídico seguridad ciudadana. En el caso objeto de comentario y análisis, el tribunal ha explicado que se puede limitar un derecho, para preservar un bien jurídico, pero tal limitación debe ser razonable y proporcionable.

ello inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, bajo determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones opera precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, sea posible limitar el derecho aquí comentado”. Respecto al bien jurídico: seguridad social; el Tribunal en los fundamentos van desde el 13 al 15 deja sentado tres ideas: 1) la Seguridad ciudadana puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo; 2) En el Estado social de derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales para la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca

cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar; y 3) los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que, ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento, se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo, el juez constitucional ocupa un papel gravitante. Una vez delimitado el contenido del derecho y del bien jurídico en conflicto, el tribunal realiza su labor ponderativa, la misma que servirá para la ponderación en casos futuros análogos. En la presente causa en los fundamentos que van desde el 16 al 20, el tribunal realiza la ponderación del cual rescatamos los siguiente: “Justamente en la existencia o

reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan, opten por colocar rejas o instalar mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que solo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responden a las mismas justificaciones y si pueden asumir toda clase de características. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar en ocasiones anteriores que el establecimiento de rejas como medidas de seguridad vecinal no es per se inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o, simplemente, lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre “Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana”, emitido en el mes de enero del 2004, p. 42: “No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella”. Similar situación a la sentencia precitada sucede con la STC N°3482 -2005 -HC (Caso Augusto Brain Delgado – ponderación de derechos¹³³); la misma recoge su contenido; razón por la cual

¹³³En el presente caso el recurrente interpone demanda de hábeas corpus a su favor, y en beneficio de su esposa, doña Julia Patricia Barrientos Alcántara, y de su menor hijo, Sebastián Brain Barrientos; y la dirige contra Ricardo Lublin Frydman y Mirtha Salazar Becerra, presidente y secretaria, respectivamente,

no merece mayor comentario, más que el realizado con anterioridad.

Otro ejemplo de este supuesto, lo constituye la STC N° 2616 -2004 -AC (Caso Armando Santillán Tuesta – bonificación especial a los trabajadores a los servidores públicos)¹³⁴. El tema en cuestión es la demanda de cumplimiento del Decreto de Urgencia N° 037 -94, referido a la bonificación especial a los servidores públicos; siendo el punto central, precisar a quien correspondía otorgar tal bonificación. El problema, entonces presente, estribaba, en la confusión como consecuencia de la suma de criterios anteriores del propio Tribunal Constitucional. Anterior a la presente causa, el Tribunal venía pronunciándose al respecto, teniendo en cuenta diversos criterios en función de cada caso concreto; sin embargo, había creado confusión, tanto a los operadores de justicia como a los justiciables; por lo que, mediante la presente sentencia, convino en unificar las consideraciones y emitir un pronunciamiento que permita esclarecer el tema. En efecto, lo que hace es explicar cuáles han sido sus criterios anteriores, indicando en las sentencias que los contiene; luego de ello, tras apartarse de los mismos, precisar el criterio que en adelante será vigente y aplicable. En efecto en el fundamento 12 de la sentencia precisa “(...) la bonificación del Decreto de Urgencia N° 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en

de la Junta de Vecinos del Parque Malpica, sito en la calle N.º 1 de la urbanización Monterrico Chico, en el distrito de Santiago de Surco; así como contra los vigilantes particulares René Gonzales Romero y Aníbal Suárez Gómez, solicitando que se disponga el retiro de las rejas que se han instalado en el referido parque y sus alrededores, donde se encuentra su domicilio, impidiendo el libre ingreso y tránsito vehicular y peatonal. El tribunal declara fundada en parte.

¹³⁴En el presente caso el recurrente interpone acción de cumplimiento contra el Director Regional de Educación del Consejo Transitorio de Administración Regional de Amazonas, solicitando el cumplimiento de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 118-2003-GGR, de fecha 8 de setiembre de 2003, mediante la cual se establecen los criterios de aplicación y ejecución del pago de la bonificación dispuesta por el Decreto de Urgencia N.º 037-94. El Tribunal declara infundada la demanda. La presente sentencia constituye precedente vinculante, en virtud de los fundamentos que van desde el 1 al 13, de conformidad con el fundamento 14 de la sentencia. En esta sentencia el Tribunal ha realizado una debida interpretación de la norma específica en virtud de la cual se petitiona el derecho en el proceso constitucional de acción de cumplimiento. En efecto ha tenido que variar y apartarse de los criterios precedentes y precisar el alcance final de la norma contenida en el decreto de Urgencia N.º 037-94, referida al otorgamiento de la bonificación especial a los servidores públicos. Cabe precisar que en un proceso de cumplimiento, no necesariamente se tutela un derecho fundamental, es decir un derecho reconocido a nivel Constitucional, en tanto si protege constitucionalmente el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo; es decir el derecho reconocido u otorgado al justiciable en virtud de una norma legal o acto administrativo. Siendo ello así, en el presente caso tratándose de una norma legal, el Tribunal, ha precisado su alcance y en efecto ha realizado una debida interpretación de la norma legal en cuestión. En principio una de las condiciones básicas para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales es la debida interpretación de la norma constitucional específica objeto de protección; no obstante, tratándose del proceso de cumplimiento tal condición se cumple cuando el Tribunal realiza una debida interpretación de la norma legal en virtud de la cual se petitiona el cumplimiento.

razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N° 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada”. En el fundamento 13 establece que: “En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N°s 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94, por ser económicamente más beneficiosa, pues la exclusión de estos servidores conllevaría un trato discriminatorio respecto de los demás servidores del Estado que se encuentran en el mismo nivel remunerativo y ocupacional y que perciben la bonificación otorgada mediante el Decreto de Urgencia N° 037-94”.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N° 5189 -2005 –PA (Caso Jacinto Gabriel Angulo – beneficio de la pensión mínima establecida por Ley N° 23908)¹³⁵. En el presente caso el Tribunal precisa la aplicación del beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley N° 23908; asimismo precisa en que caso no es aplicable. Para la aplicación correcta de la referida Ley, el Tribunal Constitucional, mediante estos precedentes, precisa la vigencia de la ley y la interpretación correcta de sus dispositivos; asimismo deja sentada la idea de que el beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley N° 23908 resulta aplicable a los pensionistas que hubieren percibido durante la vigencia de la referida ley, montos inferiores al mínimo legalmente establecido en cada oportunidad de pago y que no se den los supuestos de inaplicación contenidos en el artículo 3 de la Ley en cuestión. Tal idea se desprende, de manera concreta, en el fundamento 14 y 15 de la sentencia. En el fundamento 14 el tribunal ha precisado que “El beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley N° 23908 no resulta aplicable a los pensionistas que hubieren percibido montos

¹³⁵En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90, de fecha 23 de diciembre de 1990 y, en consecuencia, se actualice y se nivele su pensión de jubilación con arreglo a la Ley N.º 23908, debiendo ordenarse el pago de las pensiones devengadas que correspondan. Considera tener derecho al beneficio establecido en la referida Ley, por haber adquirido su derecho pensionario antes del 23 de abril de 1996. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 5 y del 7 al 21.

superiores al mínimo legalmente establecido en cada oportunidad de pago”. Asimismo en el fundamento 15 ha señalado que “Conforme al artículo 3° de la Ley N.º 23908, el beneficio de la pensión mínima legal no fue aplicable para: a) Las pensiones que tuvieran una antigüedad menor de un año, computado a partir de la fecha en que se adquirió el derecho a la misma, pensiones que se reajustarán al vencimiento del término indicado; y, b) Las pensiones reducidas de invalidez y jubilación a que se refieren los artículos 28° y 42° del Decreto Ley N° 19990, así como las pensiones de sobrevivientes que pudieran haber originado sus beneficiarios, las que se reajustarán en proporción a los montos mínimos establecidos y al número de años de aportación acreditados por el pensionista causante”. En el fundamento 20 y 21 el tribunal precisa que el reajuste establecido en el artículo 4 de la Ley N° 23908, “está condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que no se efectúa en forma indexada o automática; asimismo, que ello fue previsto de esta forma desde la creación del Sistema Nacional de Pensiones y posteriormente recogido por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado se atiende con arreglo a las previsiones presupuestarias; por lo tanto, el reajuste trimestral automático de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones no resulta exigible”.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N°3075 -2006 –PA (Caso Escuela Internacional de Gerencia High School of Management – Eiger. Mínimo de elementos probatorios que el administrado debe presentar para sustentar su pedido de medidas cautelares para cautelar su derecho; y derecho a solicitar el informe oral)¹³⁶.

¹³⁶En el presente caso, don Víctor Manuel Cipriani Nevad, en representación de Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 160, su fecha 13 de setiembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.El recurrente interpone demanda de amparo contra Microsoft Corporation y Macromedia Incorporated, así como contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual (Indecopi) solicitando que se deje sin efecto las Resoluciones de Indecopi N.ºs 193-2004/ODA-INDECOPI y 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 30 de julio de 2004 y 4 de noviembre del mismo año, respectivamente, alegando que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo. Manifiesta el recurrente que con fecha 8 de mayo de 2003 la codemandada Microsoft Corporation y otros solicitaron al Indecopi realizar una inspección en la Universidad Privada de Tacna, entidad ubicada en la localidad del mismo nombre, inspección que, sin embargo, fue suspendida por iniciativa de la misma interesada con fecha 15 de julio de 2003, con objeto de variar su solicitud original respecto de otra entidad ubicada dentro de la misma localidad. Refiere que posteriormente y pese a los alcances de dicha petición de variación, Indecopi, a través de su Oficina de Derechos de Autor, y a instancias de un escrito presentado por la codemandada Microsoft Corporation, con fecha 25 de julio del

En la presente sentencia el Tribunal interpreta constitucionalmente lo regulado por la ley, específicamente el Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor, incidiendo en dos temas en específico: 1) En el mínimo de elementos probatorios que el administrado debe presentar para sustentar su pedido de medidas cautelares para cautelar su derecho y 2) el derecho a solicitar el informe oral. Respecto al tema referido al mínimo de elementos probatorios que el administrado debe presentar para sustentar su pedido de medidas cautelares para cautelar su derecho, el Tribunal Constitucional interpreta conjuntamente los siguientes artículos: Artículos 176 (derecho de solicitar el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor), artículo 177 (medidas cautelares que se pueden disponer), artículo 179 (presentación de pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considera suficiente), artículo 180 (presentación de información necesaria para la identificación de los bienes, materia de la solicitud de medida preventiva y el lugar donde estos se encuentren), artículo 181 (facultad de ordenar medidas preventivas o cautelares sin notificar previamente a la otra parte); y en efecto el tribunal señala que *“si bien la autoridad administrativa, en este caso la Oficina de Derechos de Autor, tiene la plena facultad de poner en práctica medidas preventivas o cautelares a efectos de cumplir con su función de tutela o protección sobre los derechos correspondientes al autor, no puede ejercer dicha responsabilidad de una manera absolutamente discrecional, sino sujeta a una serie de parámetros mínimos, que no por ser tales dejan de ser una exigencia a la par que una garantía respecto de las personas o entidades a las que dichas medidas son aplicadas. Dentro de dicha lógica y aunque es cierto que entre las medidas preventivas o cautelares se encuentra la diligencia de inspección (artículo 177), esta necesariamente debe ser solicitada por el interesado y sustentada con un mínimo de elementos probatorios o*

2003, sin prueba alguna que sustente dicha decisión, varió arbitrariamente de localidad procediendo a ejecutar, con fecha 15 de agosto de 2003, la inspección en contra de su representada, domiciliada en Av. Cuba N.º 699, Jesús María, departamento de Lima. Expone que, producto de los hechos descritos, se levantó un acta de inspección, insertándose en ella hechos falsos, imponiéndosele a su representada una multa indiscutiblemente confiscatoria. Puntualiza que en la citada inspección tampoco participaron peritos o expertos en detectar el uso de los supuestos software que aducen los denunciantes, más aún si se toma en consideración que las máquinas de propiedad de la empresa recurrente no están en condiciones de soportar el software de Microsoft. Precisa también que en la primera instancia del procedimiento administrativo seguido ante Indecopi no se tomó en cuenta la petición del recurrente a efectos de que se realice una inspección para demostrar que sus equipos no pueden soportar el software referido; que ulteriormente, y tras interponer recurso de apelación, tampoco se les concedió el uso de la palabra pese a haberlo solicitado, resultando de todo lo expuesto que su representada, finalmente, ha sido conminada a pagar una multa y un devengado por supuesta violación del derecho de autor, equivalentes a las sumas de 34,02 UIT y US \$ 31.287,58, respectivamente, lo que atenta en definitiva contra sus derechos constitucionales. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud del fundamento 5 acápites a), b) g) y h).

suficientes en la forma en que expresamente lo indica el anteriormente citado artículo 179. La exigibilidad de dichas pruebas elementales no es, por otra parte, un asunto opcional o facultativo, sino plenamente obligatorio, conforme lo ratifica el también citado artículo 180, lo que significa que no cabe un manejo diferenciado donde la norma simplemente no lo precisa o no lo habilita. En el contexto descrito, conviene añadir un detalle sobre en el que posteriormente se incidirá. No existe en el Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor norma alguna que habilita una diligencia de variación de inspección. Tampoco se encuentra prevista dicha facultad en el Decreto Legislativo N.º 807 o Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, lo que supone que su procedencia resulta en el menor de los casos seriamente cuestionable”. Respecto a la solicitud del informe oral el Tribunal considera que “si bien el artículo 206 de la citada Ley de Derechos de Autor establece expresamente que en materia de solicitud de informe oral “[...] La actuación de denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Sala del Tribunal, según la importancia y trascendencia del caso”, ello no significa el reconocimiento de una facultad absolutamente discrecional. Aunque tampoco, y desde luego, no se está diciendo que todo informe oral tenga que ser obligatorio por el solo hecho de solicitarse, estima este Tribunal que la única manera de considerar compatible con la Constitución el susodicho precepto, es concibiéndolo como una norma proscriptora de la arbitrariedad. Ello, por de pronto, supone que la sola invocación al análisis de lo actuado y a la materia en discusión no puede ser suficiente argumento para denegar la solicitud de informe oral, no solo porque no es eso lo que dice exactamente la norma en cuestión (que se refiere únicamente a la importancia y trascendencia del caso), sino porque no existe forma de acreditar si, en efecto, se ha analizado adecuadamente lo actuado y si la materia en debate justifica o no dicha denegatoria. El apelar a los membretes sin motivación que respalde los mismos es simplemente encubrir una decisión que puede resultar siendo plenamente arbitraria o irrazonable”. Considera luego que “sin necesidad de declarar inaplicable el citado artículo 206 del Decreto Legislativo 822, procede una lectura de dicho dispositivo de forma que resulte compatible con la Constitución y con el cuadro de valores materiales que ella reconoce. En el caso de autos, sin embargo, resulta evidente que la lectura que se ha dispensado a dicho precepto, y que aparece citada en la mencionada Notificación de fojas 84, no ha reparado en que si del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas desde la etapa de la diligencia de inspección y que han sido cuestionadas en

todo momento, no se puede pretender que ni siquiera procede el derecho de defensa que, en la forma de informe oral, le asiste a la entidad demandante.”

Otro ejemplo de este supuesto lo constituye la STC N° 05961 – 2009 –PA/TC (Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea – constitucionalidad de contenidos normativos respecto a la importación de vehículos usados)¹³⁷. En la presente causa el Tribunal Constitucional advertía que los jueces del Poder Judicial venían resolviendo demandas de amparo y medidas cautelares en contra de su jurisprudencia. Conforme a su jurisprudencia, el Tribunal mantenía su posición firme sobre la constitucionalidad del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 843, de los Decretos Supremos N°s 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N°s 079-2000 y 086-2000, pese a ello los jueces del Poder judicial decidían en contrario. Ante esta situación el Tribunal utiliza el precedente para, establecer la constitucionalidad de algunos decretos que se venían cuestionando; el término de eficacia, de la inaplicación de los decretos como efecto del control difuso; y el plazo para interponer demanda de amparo contra sentencia firme mediante la cual se inaplicable los referidos decretos.

En este sentido el Tribunal establece:

- a) “Que el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 es conforme con la Constitución, por cuanto no vulnera en forma directa ni indirecta el contenido constitucional de los derechos al trabajo y a las libertades de trabajo, de empresa, de contratación y de iniciativa privada, por lo que los decretos mencionados no pueden ser inaplicados en ninguna clase de proceso por los jueces del Poder Judicial.

En tal sentido, todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto

¹³⁷En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando que se declare inaplicables, a su caso, los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000 y 086-2000, los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC y 017-2005-MTC, y el artículo 3° del Decreto Legislativo N.º 843; y que, en consecuencia, se le permita importar vehículos automotores usados que tengan una antigüedad mayor de cinco años. Refiere que los decretos cuestionados vulneran sus derechos constitucionales a la libre contratación y al trabajo. El Tribunal declara infundada la demanda de amparo. La presente sentencia, constituye precedente vinculante en virtud del fundamento 21.

Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo.

- b) Las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son eficaces y ejecutables hasta el 5 de noviembre de 2008.

A partir del 6 de noviembre de 2008, todas las resoluciones judiciales que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, son consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y a la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que carecen de eficacia.

Para que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales firmes emitidas a partir del 6 de noviembre de 2008, que hayan inaplicado el Decreto Legislativo N.º 843, o los Decretos Supremos N.ºs 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N.ºs 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, excepcionalmente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de su Procurador Público, tiene habilitado el plazo de prescripción previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPConst., para interponer la respectiva demanda de amparo contra resolución judicial firme.

Dicho plazo de prescripción, habilitado en forma excepcional, se inicia a partir del día en que la presente sentencia le sea notificada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones”.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N.º 03052 -2009 – PA/TC (Caso Yolanda Lara Garay y otras – reglas adicionales sobre la procedencia o

improcedencia del amparo frente al despido arbitrario)¹³⁸. En la presente causa con el propósito de evitar las discordancias en los jueces de las instancias del Poder Judicial, el Tribunal precisa dos temas puntuales: 1) ¿el cobro de los beneficios laborales o conceptos remunerativos del trabajador supone el consentimiento del trabajador? 2) ¿El cobro de la indemnización u otro concepto con el mismo fin, supone la aceptación del despido? En efecto en el fundamento 36 de la sentencia emite las siguientes reglas vinculantes:

- a) “El cobro de los beneficios sociales, compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo debido al trabajador no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
- b) El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
- c) El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudados al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin; el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes”.

4.2. Frente a “Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad”.

¹³⁸ Las recurrentes interponen demanda de amparo solicitando que se deje sin efecto la carta de despido de fecha 5 de enero del 2007 y que en consecuencia se ordene que se les reincorpore en sus puestos de trabajo, por haber sido objeto de un despido incausado. Sostienen, que son trabajadoras del Gobierno Regional del Callao; que se han desempeñado, la primera como Abogado II en la Gerencia de Asesoría Jurídica, la segunda como Abogada II de la Gerencia de Asesoría Jurídica, la tercera como Técnico Administrativo II en la oficina de áreas protegidas y Gestión del Medio Ambiente de la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente y la cuarta como Secretaria II en la Procuraduría Pública Regional; que han venido suscribiendo contratos a plazo fijo denominado de servicio específico, el mismo que de acuerdo a la Resolución Ejecutiva Regional N° 109-2006-Gobierno Regional del Callao-PR de fecha 01 de junio de 2006 se dispuso la adecuación paulatina de los contratos por servicios específicos sujetos a modalidad a la condición de contratos a tiempo indeterminado, del personal auxiliar, técnico y profesional en los niveles, categorías y plazas del cuadro para la asignación de personal-CAP; que han prestado servicio dentro de la entidad pública, pero sometidos al régimen laboral de la actividad privada, por lo que el despido sin causa vulnera el derecho constitucional al trabajo. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo e improcedente en el extremo en que se solicita a el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. La presente sentencia constituye precedente vinculante en virtud de su fundamento 36 (en la parte resolutive por error se señala en el fundamento 37).

Conforme a la STC N° 0024 -2003 –AI/TC, el Tribunal Constitucional puede emitir un Precedente Vinculante: *“cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma”*.

Un ejemplo de este supuesto lo tenemos en la STC N° 3760 -2004 –AA (Caso Gastón Ortiz Acha – inhabilitación a Alberto Fujimori)¹³⁹. La norma interpretada erróneamente era la prescrita en el artículo 100° de la Constitución, la misma que regula la inhabilitación para ejercer funciones públicas. Para mejor comprensión detallaremos el caso: El recurrente que interpone acción de amparo en favor de Alberto Fujimori Fujimori y la dirige contra el Congreso de la República; refería que la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR de fecha 23 de febrero de 2001, mediante la cual se inhabilita a Alberto Fujimori Fujimori para ejercer funciones públicas por un período de diez años, resultaba atentatoria a los derechos fundamentales de participar en la vida pública de la Nación, de elegir y ser elegido y de la presunción de inocencia; señalaba, también, que según el artículo 33° de la Constitución el ejercicio de la ciudadanía sólo puede suspenderse mediante sentencia judicial condenatoria con inhabilitación de derechos políticos. En ese sentido alegó que la referida resolución carece de sustento jurídico, toda vez que mediante Resolución Legislativa N.º 0-009-2000-CR de fecha 21 de noviembre de 2000 se declaró la vacancia de la Presidencia de la República, por lo que no le era aplicable la inhabilitación, pues según lo dispuesto en el artículo 100° de la Constitución, dicha sanción se aplica a determinados funcionarios señalados en el artículo 99° de la Constitución, entre los cuales encuentra el Presidente de la República. Sin embargo, señala que al momento de ser sancionado, Fujimori ya no contaba con dicha condición, al haber sido vacado de la presidencia de la República.

Es decir, conforme a la interpretación del justiciable los funcionarios, que hayan sido

¹³⁹En el fundamento 28 se establece que “esta sentencia tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”. Sin embargo, no especifica qué partes de la sentencia tienen tales efectos. En la sección resolutive se establece que los fundamentos 8, 21 y 22 forman “parte del fallo”, por lo que han sido los fundamentos considerados como precedentes vinculantes en la ficha elaborada y publicada en la página oficial del Tribunal Constitucional.

previamente vacados no pueden ser inhabilitados por el congreso en virtud del artículo 100°. Tal interpretación resulta errónea conforme lo vertido por el Tribunal en la sentencia bajo comentario. En efecto el Tribunal en el fundamento 8, de la sentencia, señala que “El Pleno del Congreso de la República, con el informe de la Comisión Investigadora y conforme a los mandatos de los artículos 99° y 100° de la Constitución y el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República aprobó la Resolución Legislativa N° 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero de 2001, inhabilitando a don Alberto Fujimori Fujimori, ex Presidente de la República, para el ejercicio de toda función pública por diez años. A este respecto, el Tribunal Constitucional considera que mientras no sea derogada por el Congreso, o declarada la inconstitucionalidad de dicha Resolución Legislativa, ésta produce plenos efectos”. En el fundamento 21 de la sentencia, señala que “Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público “hasta por diez años” (artículo 100° de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos. Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos”. Finalmente en el fundamento 22, el TC, señala que “La Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR dispone una inhabilitación del ex Presidente de la República, don Alberto Fujimori Fujimori, por el tiempo de diez años, para el ejercicio de “toda función pública”, y restringe, por ese lapso, el ejercicio de su derecho de acceso a los cargos públicos. Tal restricción ha de operar tanto por lo que se refiere al acceso a los cargos públicos derivados de elección, como al de acceso mediante concurso público o de designación; en consecuencia, se encuentra inhabilitado para postular, concursar y en general acceder a cualquier cargo o función pública durante el período a que se refiere la resolución legislativa ya referida”.

Otro ejemplo de este supuesto, lo tenemos en la STC N° 1150 -2004 –AA (Caso Banco

de la Nación – procedencia del amparo entre entidades estatales)¹⁴⁰. La norma interpretada erróneamente, era la contenida en el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506. Conforme a esta norma se interpretaba – erróneamente - en el sentido que no proceden las acciones garantía de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución. Sin embargo el Tribunal constitucional, en el fundamento 1 de su sentencia señala lo siguiente: “Según el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506, aplicable al caso concreto, no proceden las acciones de garantía “de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones”. Contrario sensu, se observa que sí proceden los procesos constitucionales entre tales entidades en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones, (...)”.

Ejemplo, especial de este supuesto, lo constituye la STC N° 5854 – 2005 –PA (Caso Pedro Lizana Puelles – procedencia del amparo contra resolución del JNE)¹⁴¹. En la presente causa, se presentaba el problema de una errónea interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución, referida a la procedencia del amparo contra las resoluciones del JNE. Conforme a una errónea interpretación de los artículos en

¹⁴⁰Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud del fundamentos 28. La demanda en el presente caso ha sido presentada por el Banco de la Nación y dirigida contra el Seguro Social de Salud, ESSALUD, ex IPSS. De los fundamentos por los cuales la sentencia se constituye en precedente vinculante, el más importante a nuestro criterio es el establecido en el fundamento 1 de la sentencia. Lo importante de este fundamento, es que contiene y precisa la regla de que las entidades públicas o personas jurídicas en general, también tienen acceso a una justicia constitucional, frente a los poderes del estado u organismos creados por la constitución. Esto significa que pueden ser titulares de derechos fundamentales y por ende de tutela procesal constitucional.

¹⁴¹En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, de fecha 17 de noviembre de 2004, por considerar que vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Manifiesta que mediante acuerdo adoptado el 20 de julio de 2004, el Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, declaró improcedente la solicitud de vacancia en el cargo de Alcalde municipal, por causal de nepotismo, formulada en su contra por un ciudadano. Refiere que en aplicación del artículo 51° de la Ley N.º 27972 —Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)—, el 20% de los miembros hábiles del Concejo solicitaron la reconsideración del acuerdo, la cual -aduce- fue declarada improcedente mediante una Resolución de Alcaldía (sic), con lo que quedó agotada la vía administrativa. Sostiene que, en consecuencia, esta última resolución sólo podía ser impugnada en un proceso contencioso administrativo, a pesar de lo cual el JNE ha declarado fundado un recurso de apelación interpuesto contra ella, ordenando su inmediata vacancia en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque. El Tribunal declara infundada la demanda. La presente sentencia constituye precedente vinculante en virtud del fundamento 35, de conformidad con el inciso 2 de la parte resolutive de la sentencia. Este precedente vinculante, luego de haber realizado la debida interpretación constitucional, determina y/o precisa la idoneidad del proceso de amparo, para la solución de una controversia, como consecuencia de la emisión de una resolución del JNE que vulnere los derechos fundamentales.

cuestión, se tenía que una resolución del JNE, en absoluto, se encuentra exenta de control constitucional a través del amparo. Frente a este tipo de interpretación, en el fundamento 35 de la sentencia el Tribunal establece lo siguiente: “(...) toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente”. Conforme a esto quedaba claro que el amparo sí era procedente ante resoluciones del JNE, cuando mediante estas se vulneran derechos fundamentales.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N°1333 -2006-PA (Caso Jacobo Romero Quispe – interpretación constitucional del artículo 154.2° de la Constitución)¹⁴². En esta sentencia el Tribunal realiza una debida interpretación de una disposición constitucional, referida a la postulación de los magistrados no ratificados.

En los fundamentos que van desde el 4 hasta el 14, fundamenta que la no ratificación de los magistrados por sí solo, no puede considerarse como un impedimento para volver a postular a la magistratura. De la lectura de estos fundamentos se desprende que la aplicación sin más del inciso 2) del artículo 154° de la Constitución el cual dispone,

¹⁴²En el presente caso, el recurrente, interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), a fin de que se declaren inaplicables el Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en la parte que lo declara postulante no apto para el Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos materia de la Convocatoria N.º 002-2003, debido a su condición de magistrado no ratificado; así como la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, que declaró infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión. Consecuentemente, solicita se le declare apto para el concurso público para cubrir vacantes de Fiscales Adjuntos Supremos, Vocales y Fiscales Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, Fiscales Adjuntos Superiores, Fiscales Provinciales, Jueces de Paz Letrado y Fiscales Adjuntos Provinciales, materia de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como para las futuras convocatorias que realice el emplazado. Manifiesta que el demandado convocó a concurso público para cubrir las plazas de Vocales y Fiscales Supremos (Convocatoria N.º 002-2003-CNM), y que, habiendo cumplido todos los requisitos, postuló a la plaza de Vocal Supremo; que sin embargo, el demandado lo consideró no apto debido a que la Resolución N.º 500-2002-CNM no lo ratificó en el cargo de Juez Mixto del Cono Norte de Lima. Expresa que, interpuesto el recurso de reconsideración, éste fue desestimado mediante la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, y que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los jueces y fiscales no ratificados sí tienen derecho a postular nuevamente a la magistratura y, por ende, de acceder a la carrera judicial; que por tanto, no existe impedimento alguno para ser considerado apto como postulante a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, a la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como a futuras convocatorias. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. La presente sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 4 hasta el 14 y el fundamento 25.

literalmente, que "Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público", resulta incoherente con el artículo 2.2 de la Constitución, conforme al cual "la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo". Pues existe un tratamiento discriminatorio para los no ratificados, respecto de los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial. Señala en el fundamento 6 de la sentencia que "La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, como se ha expuesto, ésta no constituye una sanción, sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años". Añade en el fundamento 7 que "(...) se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria; produciendo así un trato desigual injustificado".

Siendo así, en el fundamento 25 el Tribunal Constitucional, establece como regla sustancial lo siguiente: "El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2º, con el numeral 2.2º, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial".

Otro ejemplo del presente supuesto, lo encontramos en la STC N° 7281 – 2006 –PA (Caso Santiago Terrones Cubas – Retorno al SNP)¹⁴³. En la presente sentencia el

¹⁴³En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Profuturo, en resguardo de su derecho de libre acceso a la seguridad social, con el objeto de que se disponga su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), se le devuelva los aportes legales que efectuó, con sus intereses legales, se ordene que se haga entrega de su bono de reconocimiento a la ONP, la cual deberá proceder al pago de su pensión de jubilación, y se disponga a su favor el pago de costos y costas del proceso. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. La presente sentencia constituye precedente vinculante

Tribunal a efectos de superar las diferencias de criterios jurisdiccionales respecto a la posibilidad de retorno de una Administradora de Fondo de Pensión (AFP) al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrada por la ONP; el Tribunal fija su criterio al respecto¹⁴⁴. En efecto en el fundamento 27 de la sentencia establece como regla sustancial lo siguiente: “El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65° de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación”. Del mismo modo en el fundamento 37 establece lo siguiente: “El Tribunal Constitucional establece que el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley N° 28991 determine; mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52° de la Resolución N° 080-98-EF-SAFP, y teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia”¹⁴⁵.

en virtud de los fundamentos 27 y 37 de la misma.

¹⁴⁴En la presente causa la resolución de primera instancia había declarado fundada la demanda por considerar que el recurrente ha cumplido con formalizar el pedido de su retorno al SNP y que se restringe ilegítimamente su libertad de contratación. Asimismo, había precisado que no se requiere de agotamiento de ninguna estación probatoria, como refiere la demandada, pues resulta suficiente la constatación de lo hechos debatidos, así como el análisis e interpretación de las normas aludidas. En dicha línea argumentativa, declara inaplicables al demandante las normas legales que restringen su libertad de libre afiliación y ordena que la AFP Profuturo lo desafilie de su institución. Sin embargo la resolución de segundo grado revoca la sentencia y declara infundada la demanda por considerar que los artículos 10° y 11° de la Constitución lo que garantizan es el derecho a la seguridad social y el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones de sus ciudadanos, mas no el derecho de resolver libremente los contratos celebrados con las entidades que forman parte del SPP. Explica también que de no ser así, la propia Constitución entraría en contradicción, desde que su artículo 62° garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo de contrato, y cautela que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes o disposiciones de otra clase.

¹⁴⁵En los fundamentos que van desde el 32 hasta el 36 de la sentencia el Tribunal precisa Sobre el procedimiento a seguir para el supuesto de desafiliación por falta o insuficiencia de información. En el fundamento 32 establece que: “En virtud del artículo 51° de la Constitución, el Tribunal Constitucional debe dejar establecido, respecto a la sentencia 1776-2004-AA/TC, la forma como ésta deberá ser acatada tanto por la SBS como por las propias AFPs. En el fundamento 33: “Al respecto, si bien no existe aún un procedimiento de desafiliación para el supuesto de falta o deficiencia de información, este Colegiado estima pertinente precisar que el procedimiento a seguir es el que reconozca el reglamento de la Ley N.º 28991, el mismo que habrá de ajustarse, tal como lo contempla el 4° de dicha Ley citada, a los siguientes criterios: “El procedimiento de desafiliación no deberá contemplar ninguna restricción a la libertad del trabajador para desafiliarse. El procedimiento deberá considerar toda la información para que el afiliado tome libremente su decisión. La información relevante considera, por lo menos, el monto de pensión estimado en el SNP y en el SPP, el monto adeudado por el diferencial de aportes y las constancias de haber cumplido con los requisitos de años de aporte para tener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y la ONP, entre otros. Dicho procedimiento será establecido por el Reglamento de la presente Ley, a propuesta de la SBS””. En el fundamento 34: “Pero hasta ello suceda y

4.3. Frente al “Vacío normativo”.

Respecto a este supuesto no hay que entender que no existe derecho; sino que no hay una norma expresa en la Constitución que contenga tal derecho. Estamos ante un caso de derechos implícitos, es decir aquellos que si bien no se encuentran explícitamente prescritos en la Constitución, se derivan interpretativamente de normas y principios constitucionales, incluyendo normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos.

Un ejemplo de esto tenemos la STC N° 3771 -2004 – HC (Caso Miguel Cornelio Sánchez calderón – Plazo Razonable.)¹⁴⁶. En los fundamentos 8, 9,10 y 11, el Tribunal

en la medida que la eficacia directa de los derechos fundamentales no puede quedar mediatizada hasta la expedición del Reglamento, es constitucionalmente necesario que se aplique supletoriamente el procedimiento establecido en el artículo 52° de la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP, en lo que sea pertinente”. En el fundamento 35: “Aparte de considerarse las precisiones realizadas por este Tribunal en la sentencia 1776-2004-AA/TC, así como en su resolución aclaratoria, en virtud del deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales (artículo 118°, inciso 9 de la Constitución) que dicten los jueces constitucionales, para el inicio del trámite de desafiliación no será necesario presentar solicitud alguna por parte del afiliado, pues en dicha resolución ya viene contenida dicha petición”. En el fundamento 36: “Asimismo, la ONP está obligada a reincorporar al trabajador al SNP luego de que la SBS declare fundado el pedido de desafiliación. No es admisible constitucionalmente, sobre todo a partir de lo prescrito en los artículos 10° y 11° de la Constitución, que una persona que logra su desafiliación del SPP no pueda gozar luego de su pensión, si le correspondiera”.

¹⁴⁶Esta sentencia constituye carácter vinculante en virtud de los fundamentos 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26. Se rescata los precedentes vinculantes establecidas en el fundamento 18 y 19 de la sentencia. En el fundamento 18 de la sentencia se precisa en que consiste el derecho fundamental al plazo razonable distinguiéndole claramente del plazo legal; en tanto que el fundamento 19 se establece las reglas que permiten advertir la lesión al derecho fundamental al plazo razonable. En el fundamento 18 de la sentencia se establece lo siguiente: “Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es per se razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato”. En el fundamento 19 de la sentencia se señala que “En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de plazo razonable, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N.º 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa

señala “El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra Lex Superior, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24 de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona. La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supra estatal existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte, el artículo 7º,5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de “toda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser

resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculcado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada defensa obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)”. Con este criterio queda claro que el plazo legal, no necesariamente es el plazo razonable. El plazo legal es el establecido por el legislador en tanto que el plazo razonable es determinado por el juzgador a la luz de ciertas reglas que en la presente sentencia ha sido determinado por el Tribunal Constitucional. De este modo, se desprende la siguiente regla: el plazo legal, es un límite máximo para la prisión preventiva y su exceso vulnera el derecho fundamental a libertad personal; en tanto que el plazo razonable es lo indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva, y su exceso vulnera también la libertad individual. La importancia que tiene para el justiciable esta sentencia, es que le permite la defensa de su libertad individual, no solo cuando se ha excedido el plazo legal de la prisión preventiva, sino también cuando se ha excedido el plazo razonable; además de ello, el justiciable no solo tiene a la ley para determinar el plazo legal, también tiene reglas establecidas en esta sentencia para advertir si se ha excedido el plazo razonable. Esto permite no solo el acceso a la justicia cuando se vulnera el plazo legal, sino también cuando se vulnera el plazo razonable. De igual modo, el jurisdiccional, al amparo de esta sentencia, podrá tutelar el derecho a la libertad individual, no solo cuando se excede del plazo legal, sino que también cuando a su criterio que será en base a las reglas establecidas en esta sentencia, se ha excedido de plazo razonable.

desconocido”.

Otro ejemplo de este supuesto, lo constituye la STC N° 2496 -2005 – HC (caso Eva Valencia Gutiérrez – aplicación de las normas procesales penales en el tiempo)¹⁴⁷. En esta norma existía un vacío respecto a la aplicación de las normas procesales penales en el tiempo. La existencia de este vacío habría tenido un efecto negativo si es que se confundía con la aplicación de las normas penales en el tiempo., que conforme a la Constitución es la que más favorece al procesado. En efecto sería erróneo pensar que la norma procesal aplicable sería la que más favorezca al procesado. En ese sentido el Tribunal el fundamento 12 de la sentencia establece que “Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse”.

Otro ejemplo de este supuesto lo constituye la STC N°2302 -2003 –AA (Caso Inversiones Dreams S.A. – procedencia del amparo contra normas auto aplicativas)¹⁴⁸.

¹⁴⁷Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 3,5, 7, 8, 12 y 13. De los fundamentos jurídicos vinculantes establecidos en esta sentencia, consideramos de mayor importancia el fundamento 12. Es importante por mediante esta regla contenida en este fundamento, se precisa cual es la norma procesal aplicable en el tiempo; siendo la que está vigente al momento de resolverse. Con esta se hace una clara diferencia con la aplicación de la norma penal en el tiempo, que conforme a la Constitución es la que más favorece al procesado.

¹⁴⁸Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de sus fundamentos 5 al 9. En el presente caso la recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Jesús María, la Superintendencia Nacional de Aduanas - Lima y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), por considerar que se vienen vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no confiscatoriedad de los tributos y al respeto del principio de legalidad; y, en consecuencia, solicita que se declaren inaplicables a su caso los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo N.° 776, referido al Impuesto a los Juegos; y, el artículo 9° inciso a) del Decreto Supremo N.° 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas. Señala que la empresa presenta pérdidas, y el pago de ambos tributos resulta confiscatorio al gravar doblemente a una misma actividad comercial, por esta razón, no pueden pagar los tributos establecidos en dichas normas, para lo cual, se verían obligados a destinar sus activos, es decir, sustrayendo su propiedad. Asimismo, alegan que el Decreto Supremo N.° 095-96-EF, al establecer la alícuota del impuesto vulnera el principio de legalidad del artículo 74° de la Constitución, según el cual, sólo por ley se pueden crear tributos, lo que implica que todos sus elementos esenciales, siendo uno de ellos la tasa del Impuesto, sean fijados por ley y no por norma infralegal como en el presente caso. Como cuestión de fondo el Tribunal declara INFUNDADO el proceso constitucional de amparo respecto a la confiscatoriedad por doble imposición en el caso del Impuesto a los Juegos y el Impuesto Selectivo a los Juegos de Azar y Apuestas, conforme a los fundamentos 21 al 28; y FUNDADO el proceso constitucional de amparo respecto a la inaplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los Juegos de Azar y Apuestas; en consecuencia, déjense sin efecto las órdenes de pago y resoluciones de cobranza coactiva derivadas de esta norma, y, que se encuentren comprendidas en autos. Para determinar esta cuestión de fondo, el Tribunal ha tenido que dilucidar en principio la cuestión de procedibilidad, es decir si merece o no la tutela de los derechos expresados en la presente causa, a través de un proceso constitucional como es el amparo. En efecto, de los fundamentos que contienen a los

En la presente causa, no existía una norma expresa, respecto a la procedencia o no del amparo frente a normas autoaplicativas. La dilucidación frente a este vacío normativo era relevante para la presente causa, pues el Tribunal no habría resuelto la cuestión de fondo si es que en principio no resolvía tal cuestión. En tal situación el Tribunal en el fundamento 7 de la sentencia señala: “En diversa jurisprudencia, este Colegiado ha señalado, que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoapliactivas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC). Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo”.

Un ejemplo particular, por su enorme importancia en la resolución de los casos posteriores lo constituye la STC N° 1417 -2005 –PA/TC (Caso Anicama Hernandez – procedencia del amparo en los casos del derecho a la pensión)¹⁴⁹. En esta sentencia, El

precedentes, el fundamento 7 de la sentencia, es el que importa mayor análisis para los efectos de la presente investigación. Este fundamento contiene una regla vinculante, la misma que se puede describir de la siguiente manera: “Procede el amparo directo, cuando el acto lesivo es causado por normas autoapliactivas”. Es importante el fundamento 7 de esta sentencia, no solo porque de ella se desprende la regla en cuestión, sino que además de su contenido se extrae la explicación de la regla. En efecto, cuando en la regla se prescribe – procede amparo directo – lo que significa tal como se puede advertir del fundamento 7 de la sentencia, es que no se necesita agotar la vía previa; y cuando la regla prescribe - cuando el acto lesivo es causado por normas autoapliactivas- lo que significa es que no procede el amparo directo frente a normas hetroaplicativas ; finalmente en el fundamento 7, se explica claramente, cuando estamos frente a una norma autoaplicativa y cuando estamos frente a una norma heteroaplicativa; tratándose de la primera su eficacia no está condicionada a la realización de actos posteriores; en tanto que la segunda dicha eficacia si está condicionada.

¹⁴⁹La presente sentencia constituye carácter vinculante en virtud de los fundamentos 37 y 54 a 58. En el presente caso El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada. El Tribunal, al advertir la vulneración del derecho alegado declara fundada la demanda. Esta sentencia que constituye precedente vinculante, es de vital importancia, primero porque precisa cuando el derecho a la pensión es objeto de tutela en un proceso constitucional, y cuando no, esto es que es objeto de tutela en un proceso ordinario; segundo, porque reordena las causas que hasta ese momento se estaban ventilando, ordenando a los órganos jurisdiccionales que se avoque al conocimiento de las causas, cuando estas corresponden ventilarse en el cauce procesal que ellos son competentes para tutelar. De los fundamentos que

Tribunal, frente a la recurrencia indiscriminada del amparo para la tutela del derecho a la pensión y frente a las evidentes contradicciones en la labor jurisdiccional como consecuencia de un vacío de reglas que delimiten tal procedencia de las pretensiones sobre el derecho a la pensión; delimita los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones que merecen protección a través del amparo. En efecto en el fundamento 37 de la sentencia el Tribunal (STC N° 1417-2005-PA/TC) Establece lo siguiente: “(...) este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

- a) (...) serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
- b) (...) será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los

constituyen precedente vinculante, el fundamento 37 de la sentencia, es el más relevante. En este fundamento, el Tribunal precisa las pretensiones, que serán objeto de tutela procesal constitucional (amparo), respecto al derecho a la pensión. Para tal efecto, en primer lugar, delimita el contenido esencial del derecho a la pensión; siendo este y solo éste objeto de tutela procesal constitucional; así establece como contenido esencial del derecho a la pensión: a) acceso al sistema de seguridad social, b) acceso a la pensión, c) mínimo vital y estado de urgencia, d) acceso a la pensión de sobrevivencia, e) derecho a la igualdad. En segundo lugar establece la forma en que este contenido esencial se puede vulnerar; así para el caso del acceso al sistema de seguridad social (a), acceso a la pensión (b), y acceso a la pensión de sobrevivencia (d), se vulnera cuando el justiciable, a pesar de cumplir con los requisitos legales, se les deniega el acceso; para el caso del mínimo vital y estado de urgencia (c) se vulnera cuando se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital que asciende a S/. 415,00 nuevos soles, es decir cuando debiendo percibir igual o superior a dicho monto se le haya otorgado un monto inferior, o cuando percibiendo un monto igual o superior, y el justiciable crea que le corresponda un monto superior a lo percibido, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud); y para el caso del derecho a la igualdad (e), se vulnera cuando existe un distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga. En tercer lugar, en el inciso “f” establece la condición mínima para el acceso al proceso constitucional (amparo), siendo que la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Por otro lado, en el inciso g) el Tribunal Constitucional, ha precisado también que contenido no es esencial y por tanto tutelable en un proceso ordinario y no el amparo que es un proceso constitucional. En efecto precisa que son contenidos no esenciales del derecho a la pensión: i) reajuste pensionario, ii) tope máximo, iii) pretensiones que no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, iv) Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria. El aporte de este precedente, es fundamental para el acceso a la justicia constitucional, es decir para la tutela constitucional de los derechos fundamentales. Da solución a un problema presente a la tutela constitucional del derecho fundamental a la pensión: el amparo se había convertido prácticamente en un proceso ordinario y poco eficiente, dado que todo tipo de pretensiones respecto a la pensión se ventilaban a través del amparo. Esto se había conocido como el amparitis, donde todo justiciable recurría, para todo efecto, cuando creía que su derecho a la pensión había sido vulnerado. Con la presente sentencia, se reordena el problema, y se establece los lineamientos, que permiten una efectiva tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la pensión.

que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

c) (...) será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital. (...) asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N° 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449), el Tribunal Constitucional considera que (...) a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) (...) son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) (...) las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. (...)

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria. Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y

fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución, respectivamente.

Otra ejemplo de este supuesto, lo constituye la STC N°1966-2005-HC (Caso César Augusto Lozano Ormeño – responsabilidad en la custodia de documentos de las entidades públicas)¹⁵⁰. En la presente causa existía un vacío normativo respecto a la responsabilidad de la entidad pública – en este caso de la RENIEC - en el supuesto que los documentos que han estado en su custodia han desaparecido, mutilado o destruido a consecuencia de su propia negligencia. Frente a esta situación el Tribunal, en los fundamentos 14 y 15 de la sentencia establece dos premisas y en virtud de ella una regla de derecho. Como primera premisa tenemos: es responsabilidad y competencia del RENIEC la custodia de los documentos que sustentan los hechos inscritos (Títulos Archivados); y como segunda premisa: en caso no se cuente con el título archivado requerido –por haber desaparecido, haber sido mutilado o destruido a consecuencia de negligencia propia, hechos fortuitos o actos delictivos–, también es responsabilidad del RENIEC. En base a estas dos premisas se establece la siguiente regla: “en caso haber incurrido en irresponsabilidad, la RENIEC, y no el administrado, deberá gestionar de oficio dichos documentos, solicitándolos a las entidades que correspondan”. Estando a tal supuesto, pedir al administrado que gestione los documentos se hace evidente que la actuación de RENIEC es indebida dado que inobserva los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad, vulnerando el derecho constitucional del demandante al debido proceso en sede administrativa.

Otro caso particular inmerso en este supuesto es el contenido en la STC N°0168-2005-

¹⁵⁰En el presente caso el recurrente, interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) de Puerto Maldonado, solicitando que se ordene la expedición de su Documento Nacional de Identidad (DNI). Refiere que desde el 16 de mayo de 2004 en que acudió a las oficinas del RENIEC – Puerto Maldonado con la finalidad de tramitar el canje de su libreta electoral por el DNI, el funcionario encargado no cumple con hacerle entrega de dicho documento, argumentando que en la base de datos no aparece registrado su nombre. Sostiene que para obtener su libreta electoral satisfizo todos los requisitos exigidos por el ente estatal, por lo que portó dicho documento de identidad en los últimos años e hizo ejercicio de todos sus derechos civiles, y que por ello es inconcebible que ahora se le exija presentar nuevamente su partida de nacimiento como condición para la entrega de su DNI. El Tribunal declara infundada la demanda. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 14, 15 y 16, tal y como lo establece el Tribunal Constitucional en el fundamento 17 de la sentencia. De los fundamentos en cuestión importa el análisis de los fundamentos 14 y 15.

PC (Caso Maximiliano Villanueva Valverde – requisitos para la procedencia en un petitorio en el proceso de cumplimiento)¹⁵¹. Mediante esta sentencia se resuelve el problema de la congestión de la vía procesal constitucional de cumplimiento, como consecuencia de la indeterminación y/o imprecisión de la idoneidad de la vía procesal en cuestión. El justiciable tenía dos vías, la constitucional y la ordinaria, para exigir el cumplimiento de un mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo, siendo la vía procesal constitucional, la escogida dado que es más expeditiva que la ordinaria; esto produciría la congestión y la desnaturalización del proceso constitucional. En ese sentido el Tribunal mediante el fundamento 14 de la sentencia, llena el vacío de la indeterminación de la vía procesal constitucional, en los términos siguientes: *“Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: a) Ser un mandato vigente. b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo. c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares. d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento. e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante. g) Permitir individualizar al beneficiario”*.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N° 0206 -2005 –PA (Caso

¹⁵¹En el presente caso el recurrente interpone acción de cumplimiento contra la Oficina de Normalización (ONP) solicitando que se cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con lo dispuesto por la Ley N.º 23908, que establece una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales, así como que se ordene el reintegro de las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales. El tribunal declara infundada la demanda. Mediante esta sentencia que constituye precedente vinculante en virtud de sus fundamentos 14, 15 y 16; y en base a los fundamentos 26 al 28; el Tribunal Constitucional, determina ciertos requisitos que debe reunir la procedencia de un petitorio en un proceso de cumplimiento; asimismo precisa que de no cumplirse estos requisitos la vía específica sería la vía sumaria del proceso contencioso. De esta manera estos precedentes contenidos en esta sentencia, contribuyen en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en la medida que determina y/o precisa, la idoneidad de una vía procesal constitucional para la solución de un caso concreto. En el presente caso determina y/o precisa la idoneidad de la procedencia del proceso constitucional de cumplimiento.

César Baylón Flores – reglas para la tutela jurisdiccional en el ámbito laboral)¹⁵². En la presente causa el Tribunal tenía la necesidad de llenar vacíos normativos, a efectos de tutelar de manera eficaz los derechos laborales, a través del amparo. Para llenar estos vacíos normativos, el Tribunal parte de la idea de que una protección adecuada para el trabajador supone una indemnización o su reposición (restitución).

En efecto en el Fundamento 7 de la sentencia (STC N° 0206 -2005 -PA) se establece que *“en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado”*. Con esto deja sentada la idea de que, en principio la vía ordinaria es la competente para tutelar los petitorios de indemnización y reposición o restitución; sin embargo el amparo será la vía idónea cuando en la vía ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado. Completando la idea debemos precisar que los petitorios de indemnización sólo son posibles en la vía ordinaria. De este modo, cabe advertir que no todos los petitorios de reposición o restitución, resultan procedentes a través del amparo. Su procedencia, depende de ciertos requerimientos que el Tribunal ha establecido para tal efecto. En el fundamento 8 y 9 de la sentencia (STC N° 0206 -2005 -PA) ha establecido tales requerimientos para cada caso, tal como se puede ver a continuación:

- a) *respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado.*
- b) *En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude.*

¹⁵²En el presente caso, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida. El tribunal declara infundada la demanda en un extremo e improcedente en los demás extremos. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 7 hasta el 38.

c) *Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.*

En el fundamento 14, establece que “(...) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos”. En concordancia con la primera regla, la presente, está referida sólo para el caso de petitorios de reposición, en tanto no para la indemnización que como repetimos sólo es posible en tutelar en la vía ordinaria.

En los fundamentos 15 y 16, el Tribunal Constitucional, ha precisado la procedencia del amparo en casos de despido nulo, tales como, “los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, (...) así como los despidos producidos con motivo del embarazo; igualmente, frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental”. En ese sentido en el fundamento 16 el Tribunal precisa que “cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”. En el fundamento 24 precisa el supuesto en el que el amparo será procedente para las demandas que soliciten la reposición de los despidos bajo la legislación laboral pública. En efecto el Tribunal ha establecido que “conforme al artículo 5 º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad

o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra". En los fundamentos que van desde el 17 hasta el 20, el Tribunal precisa las pretensiones que deberán ser ventiladas en la vía ordinaria, o que la vía del amparo no es la idónea¹⁵³.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N°3361-2004-AA (Caso Jaime Amado Álvarez Guillen –nuevos parámetros para evaluación y ratificación de

¹⁵³En los fundamentos 17,18, 19 y 20 el Tribunal, precisa la no idoneidad del amparo, al mismo tiempo que establece o define la vía ordinaria específica. En efecto en el fundamento 17 señala que la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636, prevé en su artículo 4.º la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes: a) Impugnación de despido (sin reposición); b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia; c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza; d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos. En el fundamento 18 de la sentencia señala: El artículo 30.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. Consecuentemente, los amparos que se refieran a las materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo. En el fundamento 19 establece que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En el fundamento 20 establece que en los casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

lomagistrados)¹⁵⁴. En la presente causa el Tribunal tenía la necesidad de establecer nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados, dado que en virtud de ello se trata de resolver el problema de la subjetividad en la decisión de los evaluadores y con ello la injusticia y la desconfianza a los ojos de la sociedad. Estos parámetros, constituyen límites para la decisión del consejero, los mismos que resultan compatibles con la Constitución. En efecto en el fundamento 18 de la sentencia el Tribunal establece que “Es correcto que el consejero vote por la ratificación o no de un magistrado con un alto grado de valor intrínseco, pero su decisión debe sustentarse en la apreciación obtenida en la entrevista realizada; en los datos proporcionados por el mismo evaluado; y en los informes recolectados de instituciones como las oficinas de control interno, la Academia de la Magistratura y otras entidades públicas, así como la proveniente de la participación ciudadana.

Al respecto, hay varios puntos a destacar, justamente a partir del nuevo parámetro brindado por el nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado mediante la Resolución del CNM N.º 1019-2005-CNM –básicamente artículos 20º y 21º–, lo cual comporta a un mérito mucho más estricto de quien se somete a evaluación por parte de la Comisión:

- a) Calificación de los méritos y la documentación de sustento, contrastados con la información de las instituciones u organismos que las han emitido.
- b) Apreciación del rendimiento en la calidad de las resoluciones y de las

¹⁵⁴En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), en las personas de los consejeros señores Ricardo La Hoz Lora, Jorge Angulo Iberico, Teófilo Idrogo Delgado, Daniel Caballero Cisneros, Fermín Chunga Chávez, Luis Flores Paredes y Jorge Lozada Stambury, con notificación a la Procuraduría General de los asuntos del Ministerio de Justicia y del CNM, solicitando que se deje sin efecto y sin valor legal el acuerdo del Pleno del CNM expresado en la Resolución N.º 381-2002-CNM, de fecha 17 de julio de 2002, publicado el 19 de julio, que decide no ratificarlo en el cargo de vocal superior, deja sin efecto su nombramiento y dispone la cancelación de su título; y, en consecuencia, que se disponga su inmediata reposición con el pago de los haberes dejados de percibir por el tiempo que dure su incorporación, más los intereses legales que se generen. Alega que el motivo de su no ratificación se sustenta en sus votos singulares como Presidente de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima. El Tribunal declara infundada la demanda. Esta sentencia constituye precedente en virtud de los artículos 7 y 8, 17 a 20 y 26 a 43. En esta sentencia el Tribunal Constitucional establece los nuevos parámetros que el consejero del CNM deberá tener en cuenta para la evaluación y ratificación de magistrados. Asimismo precisa que el evaluado, tiene el derecho al acceso a la información del expediente objeto de análisis por parte del consejero. Del mismo modo, explica la importancia de las garantías de la independencia del evaluador y la motivación de sus decisiones para una efectiva tutela jurisdiccional en la evaluación y ratificación de jueces y fiscales. La finalidad, del Tribunal es, dotar de objetividad y justicia en el la evaluación de jueces y fiscales. Sin perjuicio de los antes referido, consideramos que lo más importante de esta sentencia, es que el Tribunal haya establecido los nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados, dado que en virtud de ello se trata de resolver el problema de la subjetividad en la decisión de los evaluadores y con ello la injusticia y la desconfianza a los ojos de la sociedad.

publicaciones, pudiendo asesorarse con profesores universitarios. Se tomará en cuenta la comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición; la solidez de la argumentación para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza; y el adecuado análisis de los medios probatorios, o la justificación de la omisión.

- c) Análisis del avance académico y profesional del evaluado, así como de su conducta.
- d) Examen optativo del crecimiento patrimonial de los evaluados, para lo cual se puede contar con el asesoramiento de especialistas.
- e) Estudio de diez resoluciones (sentencias, autos que ponen fin al proceso, autos en medidas cautelares o dictámenes) que el evaluado considere importantes, y que demuestre, el desempeño de sus funciones en los últimos siete años.
- f) Realización de un examen psicométrico y psicológico del evaluado, con asesoramiento de profesionales especialistas. El pedido lo realiza el Pleno a solicitud de la Comisión.

Solamente utilizando dichos criterios el CNM logrará realizar una evaluación conforme a la Constitución, respetuosa de la independencia del PJ y del MP, y plenamente razonada; y, a su vez, criticable judicialmente cuando no se haya respetado el derecho a la tutela procesal efectiva en el procedimiento desarrollado.

En este mismo sentido en el fundamento 43 de la sentencia establece que “Como ahora está sujeto a un análisis de datos concretos, el consejero está en el deber de tomar una decisión sobre la base de los documentos e informes presentados. Es decir, debe sustentar su decisión en los medios que considera pertinentes. De lo expuesto, se desprende lo siguiente:

- a) Antes de emitirse el voto, debe existir discusión para cada caso concreto.
- b) Cuando realicen sus votos, los consejeros deben enumerar todos los datos que a su entender sustentan su posición, pero no tienen la obligación de explicar cuál es el razonamiento utilizado para llegar a tal determinación del voto.
- c) Esta fundamentación no es exigible a cada consejero, más si al órgano que está decidiendo la ratificación de un magistrado.

Este es el sentido que debe otorgar a la motivación para el caso de la ratificación, en la

cual debe tenerse en cuenta tanto la razonabilidad y proporcionalidad resolutive. Es decir, puede retomarse para este caso la razonabilidad exigida para resolver los procesos disciplinarios, establecida por el artículo 3° del ya citado Reglamento de Procesos Disciplinarios del CNM, que señala que “los Consejeros valoran los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, independencia e imparcialidad, (...)”.

Otro ejemplo, lo podemos encontrar en la STC N° 4227 -2005 -PA (Caso Royal Gaming S.A.C. – efectos de la desestimación del control difuso ejercido por el TC, en un proceso de amparo)¹⁵⁵. En la presente causa se llena un vacío normativo, referido a los efectos de la desestimación del control difuso ejercido por el Tribunal Constitucional, en un proceso de amparo. En el fundamento 43 de la sentencia el Tribunal Constitucional Establece que “al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su

¹⁵⁵En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Tribunal Fiscal, a fin de que se dejen sin efecto : **a)** la Resolución N.º 05641-5-2003, expedida por el Tribunal Fiscal; **b)** las órdenes de pago N.ºs 011-001-0006177 a 011-001-0006181 y 011-001-0005593, por ampararse en normas incompatibles con la Constitución, al estar referidas a la aplicación retroactiva de la base imponible del impuesto al juego de casino y máquinas tragamonedas, así como la autodelegación legislativa y la fijación por parte de la SUNAT del límite del 0.05% como monto máximo de descuento de gastos. Como consecuencia de su pretensión principal, y como pretensión accesoria, solicita que se declaren inaplicables al caso concreto : **c)** el artículo 17° de la Ley N.º 27796, que sustituye el artículo 38° de la Ley N.º 27153; **d)** la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; **e)** la Tercera Disposición Complementaria y Final del Reglamento de la Ley N.º 27796, Decreto Supremo N.º 009-2002-MINCETUR; **f)** la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT; y, **g)** la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT. Pretende, además, que no se le determine, acote, exija, cobre o embargue el impuesto a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas por ningún período fiscal. Alega que la vigencia y aplicación de dichas normas vulnera sus derechos constitucionales a la propiedad, de iniciativa privada y libertad de empresa, y los principios constitucionales de no confiscatoriedad, de irretroactividad de la ley, de legalidad y de facultad de delegación en materia legislativa. El Tribunal declara infundada la demanda. Esta sentencia constituye, precedente vinculante en virtud del artículo 43

inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas”. Con este precedente, queda precisado de que la consecuencia de desestimación del control difuso ejercido por el Tribunal Constitucional, respecto de algunas normas, es la proscripción del ejercicio del control difuso para todos los jueces, respecto de dichas normas. Es decir que ningún juez puede ejercer un control difuso respecto de alguna norma; si respecto de la misma el Tribunal Constitucional ha desestimado el ejercicio del control difuso.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N° 1257 -2005 – HC (Caso Enrique José Benavides Morales – sustracción de la acción de la justicia)¹⁵⁶. En esta sentencia el Tribunal considera necesario llenar un vacío, respecto a la conducta obstruccionista del imputado o procesado, cuando este decide sustraerse de la justicia, saliendo del territorio del país. En efecto precisa, en el fundamento 1 de la sentencia que “El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la

¹⁵⁶El recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Enrique José Benavides Morales, alegando que el proceso de extradición que se sigue en su contra vulnera sus derechos de defensa y al debido proceso. Manifiesta que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró, con fecha 9 de diciembre de 2003, procedente la extradición sin cumplir con notificar a su abogado defensor de la vista de la causa, a pesar de haberse apersonado a instancia. Señala además que el beneficiario tampoco fue notificado para vista de causa alguna por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, la que mediante resolución de fecha 17 de febrero de 2004 integró la resolución antes mencionada. El Tribunal declara infundada la demanda. La presente sentencia, constituye precedente vinculante en virtud del fundamento 4 y 1 de la sentencia. En el fundamento 1 de la sentencia el Tribunal constitucional define el instituto jurídico de la Extradición, establece el supuesto que debe cumplirse para recurrir a éste instituto y la implicancia que tiene dicho supuesto en el tema del plazo razonable y la decisión de ordenar la detención. Al definir la institución de la extradición señala que “como ya lo señaló anteriormente [Exp. N.º 3966-3004-HC/TC], que la extradición “(...) es un instituto jurídico que viabiliza la remisión de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada”. Respecto al requisito que debe cumplirse para recurrir al instituto de la extradición el tribunal Constitucional señala que “Los Estados recurren a tales procedimientos en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo”. Respecto a la implicancia que tiene el supuesto en el plazo razonable y en la detención el Tribunal ha sostenido que “El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-HC/TC”. En el fundamento 4, el Tribunal señala que “La precisión hecha en el fundamento jurídico N.º 1 de esta sentencia sobre la conducta obstruccionista del proceso por parte del inculcado constituye precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.

sentencia recaída en el expediente N° 2915-2004-HC/TC”.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N° 2877-2005-PA (Caso Luis Lagomarcino Ramírez – requisitos adicionales para la interposición del RAC)¹⁵⁷. En la presente sentencia el Tribunal constitucional, con el afán de dar mayor eficacia a la tutela jurisdiccional constitucional de los derechos fundamentales y en virtud de su autonomía procesal, en el fundamento 31 de la sentencia, establece que: “Aparte de los

¹⁵⁷En el presente caso el recurrente, don Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez, interpone demanda de hábeas corpus contra el magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara, por expedir irregularmente la resolución de fecha 17 de diciembre de 2004, en el proceso judicial signado con el N.º 115-2003. A través de la mencionada resolución fue declarado reo contumaz y se ordenó su captura. Considera que lo sucedido constituye un acto procesal irregular que amenaza sus derechos constitucionales a la libertad personal y a la tutela procesal efectiva, garantizados por los artículos 2º, inciso 24, y 139º, inciso 3, de la Constitución. Para fundamentar tal aseveración, señala que el emplazado estaba impedido de dictar sentencia por encontrarse pendiente de resolver la excepción de prescripción presentada mediante escrito de fecha 20 de octubre de 2003, la cual se venía tramitando en cuerda separada, y, por tanto, debía resolverse con antelación al principal, conforme lo establece el artículo 5º, in fine, del Decreto Ley N.º 28117. El Tribunal declara improcedente el RAC. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 15, 22, 24, 25, 28 y 31. Mediante estos precedentes el Tribunal Constitucional, delimita o define la configuración de la institución del Recurso de Agravio Constitucional. En efecto: 1) precisa los alcances de su uso y 2) determina las condiciones para su procedencia. En el fundamento 15 de la sentencia, el Tribunal Constitucional considera que el RAC ha servido, entre otras cosas para lo siguiente: 1) Determinar la tutela objetiva de derechos en los casos excepcionales que sea necesario proteger la eficacia y respeto de los derechos fundamentales, ante la existencia de una sustracción de la materia y cuando resulte imposible cautelar la tutela subjetiva los derechos de una persona. Tal ha sido el sentido del TC, al señalar que “(...) por más sustracción de la materia que exista, y por más imposible que resulte cautelar la tutela subjetiva de los derechos de una persona, igual se puede, vía el RAC, proteger la eficacia y respeto de los derechos fundamentales, situación coincidente con el fin que este recurso posee”. 2) Establecer los efectos de la protección subjetiva de derechos en los casos que los efectos de una sentencia declarada fundada pueden terminar siendo inapropiados para la protección de los derechos fundamentales; tal es el sentido cuando señala que “(...) los efectos de una sentencia declarada fundada pueden terminar siendo inapropiados para la protección de los derechos fundamentales, y como el RAC busca tutelarlos en forma superlativa, sí cabe su formulación si es presentada y argumentada de forma razonable. 3) Decidir respecto a las excepciones deducidas en los casos que exista denegatoria por parte de la judicatura ordinaria de la procedencia de la demanda, en virtud de estas excepciones; como por ejemplo un vicio de caducidad. En tal situación el Tribunal no centrará el estudio de la cuestión específicamente en la protección de un derecho fundamental, sino más bien en resolver, respecto a la excepción deducida. 4) Establecer la posibilidad de realizarse pagos accesorios cuando la demanda ha sido declarada fundada, en el extremo de su pretensión principal. 5) Realizar la distinción de los alcances de la sentencia declarada fundada cuando la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión y cuando el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada. Dependiendo de la situación el Tribunal ha precisado que “Según el artículo 20º del CPCo, el pronunciamiento de este Colegiado sobre el recurso interpuesto tendrá dos consecuencias distintas, hecho que redundará en la viabilidad del RAC: si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio; y, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revocará y procederá a pronunciarse por el fondo”. En los demás fundamentos que contienen precedentes, el Tribunal realiza el análisis para determinar las condiciones de procedencia del RAC. En efecto en el fundamento 31 de la sentencia, el Tribunal Constitucional precisa que “Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC”.

requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC”.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N° 3362 -2004-PA (Caso Prudencia Estrada Salvador – reglas en torno al derecho a la rectificación)¹⁵⁸. En el presente caso el Tribunal establece reglas relativas al derecho a la rectificación, las mismas que versan sobre: 1) los tipos de medios en los que se puede solicitar la rectificación, 2) los requerimientos para el ejercicio del derecho fundamental a la rectificación, 3) los elementos configuradores que posee, y 4) la forma en que debe ser presentada.

Respecto a las reglas sobre los tipos de medios en los que se puede solicitar la rectificación el Tribunal ha señalado que “cabría rectificación no sólo respecto a las informaciones vertidas en aquellos medios de comunicación masiva comúnmente denominados de comunicación social, sino también en aquéllos que permiten la transmisión de noticias, datos o informes a un alto número indeterminado de personas, con el rasgo de masivo”. Es decir que a entender de este Tribunal, cabe rectificar los mensajes vertidos por cualquier medio de comunicación masiva.

Respecto a las reglas sobre los requerimientos para el ejercicio del derecho fundamental a la rectificación, el Tribunal Constitucional, ha establecido que son dos los supuestos considerados por el constituyente en que puede plantearse un pedido de rectificación: 1) cuando existe información inexacta y 2) cuando se afecta al honor de la persona. Respecto a la información inexacta el Tribunal ha señalado que “el derecho a la rectificación fluye cuando se produce una información falsa o inexacta. Es decir, sólo se

¹⁵⁸En el presente caso, el recurrente interpone demanda de amparo contra el director del Diario Regional de Huánuco, alegando la violación de su derecho a la rectificación consagrado en el inciso 7) del artículo 2.º de la Constitución. Solicita, consecuentemente, que se ordene al demandado publicar la rectificación del día 8 de octubre de 2003, en la forma y términos por él establecidos, incluida la crónica rectificadora que solicitara mediante carta notarial de fecha 21 de octubre de 2003. Sustenta su demanda en que con la publicación del titular ‘¡Ex Decano del Colegio de Abogados con orden de captura!’ en la primera página del Diario Regional, y, con el desarrollo de la noticia en la segunda página, con el mismo título y acompañada de una fotografía suya, se han vulnerado sus derechos constitucionales como abogado y dirigente gremial. El Tribunal, declara fundada la demanda. La presente sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 10, 14, 20, 24 y 27 de la sentencia.

podrá dar cuando la información publicada o difundida no corresponde en absoluto con la verdad (falsedad) o cuando se ajusta sólo en parte a ella (inexactitud)". De otro el Tribunal precisa, que "para que exista rectificación es irrelevante si existe o no diligencia; basta con comprobar que la noticia propagada es falsa". El otro supuesto, referido al honor del agraviado de la persona el Tribunal Constitucional considera que "el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación. Esto viene a significar que para que haya rectificación debe haberse producido previamente un ataque injustificado al derecho fundamental al honor". Entiende además que "el honor forma parte de la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investida, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos. (...) forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución Política, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o antes los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comuniquen, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva". Siguiendo con este supuesto el Tribunal realiza una precisión respecto a la prueba que se le exige al agraviado, y en efecto señala que "la prueba de este hecho, que no requiere una declaración judicial previa, debe basarse en los elementos objetivos presentados por quien la reclame y que deben ser explicados en el requerimiento que exhiba ante el medio de comunicación. Esto ha de significar que para hacer el pedido de una rectificación no es necesario, ni menos aún exigible, que se haya comprobado previamente el daño al honor de las personas. Basta tan sólo con una apariencia de la vulneración".

Respecto a la reglas sobre los elementos configuradores que posee, el Tribunal recuerda en principio que "que de conformidad con el artículo 2º de la Ley N° 26847, el ejercicio del derecho de rectificación deberá canalizarse previamente mediante solicitud cursada por conducto notarial, la que deberá realizarse dentro de los quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se proponga rectificar". En base a ello establece los siguientes elementos configuradores del procedimiento de rectificación, teniendo en cuenta: a) a la naturaleza de la rectificación, b) a los intervinientes y c) al

trámite.

Con relación a su naturaleza ésta debe ser gratuita, inmediata y proporcional. Precisa que la gratuidad “no impide que la persona realice algunos pagos en el trámite del pedido (como puede ser la carta notarial que debe enviar)”. La inmediatez implica que al rectificación sea “en el menor tiempo posible desde que se produjo la afectación” así advierte el Tribunal que “en el artículo 3° de la Ley N° 26775 se establece que los responsables deben efectuar la rectificación dentro de los siete días siguientes después de recibida la solicitud para medios de edición o difusión diaria o en la próxima edición que se hiciera, en los demás casos”. La forma implica “que la rectificación sea proporcional con aquel mensaje que terminó violentando el derecho fundamental al honor de la persona”; así, tratándose de una edición escrita, “la rectificación deberá publicarse íntegramente, sin intercalaciones, en la misma página y con características similares a la comunicación que lo haya provocado o, en su defecto, en un lugar destacado de la misma sección; y tratándose de radio o televisión, la rectificación tendrá que difundirse en el mismo horario y con características similares a la transmisión que la haya motivado”.

Con relación a los intervinientes, el Tribunal señala que “como todo derecho fundamental, la rectificación posee un titular y un destinatario”. El titular es el Reclamante: cualquier persona, natural o jurídica, ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación. También aquella persona que, pese a que el medio se haya rectificado espontáneamente, no juzgue satisfactoria la misma. El destinatario es el Obligado: cualquier medio de comunicación, y que consiste en insertar o difundir gratuitamente las rectificaciones que les sean dirigidas. Cuando se trata de un medio de comunicación social, el artículo 2° de la Ley N° 26775 señala que será responsable el director del órgano de comunicación y, a falta de éste, quien haga sus veces. Cabe señalar que según el artículo 14.3 de la Convención Americana, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. En caso de que el responsable no estuviese en un medio de comunicación social, entonces el responsable será el propio emisor de la información.

Con relación al trámite: el Tribunal advierte que este tema ha sido desarrollado a través

de la citada Ley N° 26775, básicamente a través de los artículos 2° y 3°; pero resalta los siguientes dos cuestiones la solicitud y el trámite. Respecto a la Solicitud, indica que se debe hacer un requerimiento al director del medio de comunicación o a las personas que se presentan como responsables, en el cual se solicite la rectificación. Según el artículo 2° de la referida ley, la solicitud será cursada por conducto notarial u otro fehaciente. Es así como tal carta se configura en una vía previa para la presentación de la demanda de amparo”. Y respecto a la Tramitación indica que el pedido realizado puede ser realizado hasta quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar, tal como lo señala el antes mencionado artículo 2° de la Ley N.º 26775. Este plazo está de la mano con la exigencia de inmediatez explicada.

Respecto a las reglas sobre la forma en que debe ser presentada, el Tribunal Constitucional considera que “será el propio medio el que debe presentar la rectificación, según los lineamientos periodísticos del mismo, con la salvedad de que el agraviado señale expresamente lo contrario en su solicitud”. Sin embargo precisa “que en este último supuesto, el afectado no podrá hacer un ejercicio abusivo de su derecho” caso contrario se rechazará. Precisa además que “en caso de negativa por parte del medio o si la difusión o inserción de la rectificación no satisface al afectado, cabría presentar una demanda de amparo por violación del derecho fundamental a la rectificación, y, en tal caso, será el propio juez constitucional el que determine cuáles son los parámetros que debe utilizar el medio para la rectificación. En caso de ser injustificada la negativa del medio, cabe utilizar los apremios con que cuenta el juez, tal como más adelante va a ser desarrollado”. Para el Tribunal Constitucional “la rectificación debe estar circunscrita al objeto del mensaje inexacto que la motiva, separada de cualquier discurso agregado. Lo que podrá hacer el medio de comunicación de masas frente a un pedido realizado por el afectado está limitado a rectificar el mensaje equivocado; es decir, no podrá insertar en la misma nota rectificatoria, como titular o comentario, nuevas apreciaciones o noticias, pues al insistir, revertir o poner en duda la rectificación del reclamante, se desvirtuaría la naturaleza de la rectificación., anulando el contenido esencial de dicho derecho fundamental. Ello no quiere que el medio de comunicación no pueda emitir opiniones o seguir informando sobre el tema, pero lo que no puede es, en el acto mismo de rectificación, desdecir el objeto del ejercicio de este derecho fundamental. Por tal razón, debe exigirse a los medios de comunicación la mayor responsabilidad profesional y objetividad en su ejercicio

informativo, y, por ende, también en la forma en que debe realizar la rectificación; léase en la forma publicada o analizada sin calificar ni evaluar el argumento o razones (las supuestas otras verdades) de quien busca la rectificación”.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N°3741-2004-AA (Caso Ramón Salazar Yarleque – reglas sustanciales sobre: control difuso y la inconstitucionalidad del pago como condición para impugnar un acto administrativo)¹⁵⁹. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, establece dos reglas sustanciales, la una referida al alcance del control difuso y la otra, al pago previo como condición a la impugnación de un acto de la propia administración.

Respecto al alcance del control difuso el Tribunal, en la sentencia en cuestión (STC N°3741-2004-AA) ha dejado sentado como regla sustancial que *“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”*.

Respecto al pago previo como condición a la impugnación de un acto de la propia administración; el Tribunal ha dejado sentado la regla sustancial de que *“Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden*

¹⁵⁹En el presente caso, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos. Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. Esta sentencia, constituye precedente vinculante, en virtud de los fundamentos 41 y 50 de la sentencia.

exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia”.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N° 9381 -2006-PA (Caso Félix Vasi Zevallos – bono de reconocimiento)¹⁶⁰. En la presente sentencia el Tribunal deja sentada la idea de que “por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, tal como lo reconoce el artículo 1° del Decreto Supremo N° 180-94-EF”. En consideración a ello el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial: “Queda expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento”.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N° 6612 -2005-PA (Caso Onofre Vilcarima Palomino – reglas en torno a la renta vitalicia: Decreto Ley N° 18846 y el Decreto Supremo 002.72.TR)¹⁶¹. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, establece reglas en torno al derecho a la pensión vitalicia¹⁶². Estos temas son: 1) Prescripción de la pensión vitalicia, 2) Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR, 3) Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional, 4) Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de

¹⁶⁰En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el recálculo de bono de reconocimiento y que se declare inaplicable la Resolución N.º 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero del 2001, que desestimó su recurso de reconsideración, la Resolución N.º 1948-2002-GO/ONP de fecha 31 de mayo de 2002 que desestimó el recurso de apelación y la Resolución Jefatural N.º 029-98-JEFATURA/ONP. Alega vulneración de sus derechos constitucionales a la seguridad social, la petición y el debido proceso, al no haber sido contabilizado el aporte realizado por su ex empleador Hansen-Holm, Alonso & Co., por un lapso de sesentiocho meses, y tan solo han sido aceptados los sesenta aportados por Alicorp S.A.. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. La presente sentencia constituye precedente vinculante, en virtud del fundamento 9.

¹⁶¹En el presente caso, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer de una enfermedad profesional. Afirma que trabajó en la empresa minera Shougang Hierro del Perú S.A.A., desde el 13 de marzo de 1971 hasta el 13 de febrero de 2001, realizando labores de extracción de hierro en minas a tajo abierto y, como consecuencia de ello, contrajo la enfermedad profesional de neumoconiosis. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. Esta sentencia constituye carácter vinculante en virtud de los fundamentos 19 hasta el 28.

¹⁶²Estas reglas, son establecidas también en la STC N° 10087 -2005 -PA (Caso Alipio Landa Herrera – renta vitalicia por enfermedad profesional). En esta causa, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, solicitando que se le otorgue renta vitalicia por padecer de enfermedad profesional conforme al artículo 82° del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, Reglamento de la ley N.º 26790 y el Capítulo VII del Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Manifiesta que ha laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A., y que, como consecuencia de sus labores, en la actualidad padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, por lo que le corresponde la pensión solicitada. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo.

invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad. 5) El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional. 6) La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional, 7) El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral, 8) Responsabilidad del Estado en el SCTR, 9) La inversión de carga de la prueba y 10) Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo.

Respecto al tema de prescripción de la pensión vitalicia (f.19), el tribunal explica la razón de la imprescriptibilidad de la renta vitalicia. Así “El Tribunal Constitucional establece que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible”.

Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR (f.20), se desprende que son a los obreros a quienes corresponde la protección. En efecto el Tribunal Constitucional establece que “no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo 011-74-TR”.

Respecto a la entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional (f.21), establece que será una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS; siendo por tanto ésta y el que lo solicita los responsables por su falsedad o inexactitud. Así “El Tribunal Constitucional establece que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia

conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante”.

Respecto a la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (f.22); el Tribunal ha determinado que sólo es compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración así mismo que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración. En efecto “El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas sustanciales son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración. Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración. Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la

invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales”.

Respecto al nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional (f.23), el Tribunal recurre a la presunción, cuando se haya desempeñado actividades de riesgo. En efecto, “El Tribunal Constitucional establece que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos. Asimismo, se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido”.

Respecto a la pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional (f.24), el Tribunal explica que el primero no se aplicable a lo segundo. Así “El Tribunal Constitucional establece que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes”.

Respecto al arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral (f.25), el tribunal explica que estas no constituyen excepciones para el amparo, por lo que al ser interpuestas como tal deberán ser desestimadas. En efecto “El Tribunal Constitucional establece que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de

otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes”.

Respecto a la responsabilidad del Estado en el SCTR (f.26) “El Tribunal Constitucional establece que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88° del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones”.

Respecto a la inversión de carga de la prueba (f.27), el Tribunal, lo ordena, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Así “El Tribunal Constitucional establece que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante”.

Respecto a las reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo (f.28) el Tribunal establece que “Al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y

que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

- i) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.
- ii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.
- iii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional”.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N° 0061 -2008 –PA (Caso Rímac Internacional – reglas en torno al derecho de la pensión de invalidez: excepción de arbitraje o convenio arbitral, condición para la constitucionalidad del arbitraje e inicio de la contingencia)¹⁶³. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, establece ciertas reglas, con la finalidad de tutelar eficazmente el derecho a la pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA. Estas reglas están referidas a: 1) la desestimación en el amparo de la excepción de arbitraje o convenio arbitral, 2) la debida información como condición, para que el arbitraje voluntario sea constitucional, y 3) Fecha de inicio de la contingencia.

Respecto al primer tema, referido a la desestimación en el amparo de la excepción de arbitraje o convenio arbitral, (f.12) el Tribunal ha establecido que “Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes”.

Respecto al segundo tema referido a la debida información como condición, para que el

¹⁶³En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, a cargo del magistrado Freddy Escobar Arquíñigo, y contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, integrada por los magistrados Alejandro Páucar Félix, César Solís Macedo y Hernando Cáceres Casanova, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 14 de junio de 2006, emitida por el Juzgado emplazado, y de la sentencia de fecha 25 de agosto de 2006, emitida por la Sala emplazada, en el trámite de un anterior proceso de amparo iniciado por don Ysidoro Altamirano Puppi, en el que se declaró fundada su demanda de amparo, ordenándose que se le otorgue una pensión vitalicia conforme a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias. Sostiene que con las sentencias emitidas en el anterior proceso de amparo, recaídas en el Exp. N.º 3141-2005, se han vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que los magistrados emplazados no han tomado en cuenta que la pretensión demandada conforme al artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA tenía que ser ventilada en una etapa conciliatoria, y de ser el caso, en un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, debido a que el proceso de amparo por carecer de estación probatoria no constituía la vía idónea para dilucidar la pretensión del demandante. El Tribunal declara infundada la demanda. Esta sentencia constituye carácter vinculante en virtud de los fundamentos 12, 15 y 18.

arbitraje voluntario sea constitucional, (f. 15), el Tribunal establece: “Para que el arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron: a) Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud; b) Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; c) Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial; d) Que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje y e) El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él”.

Y respecto al tercer tema, referido a fecha de inicio de la contingencia (f.18) el Tribunal establece: “En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas”.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N° 5430 -2006-PA (Caso Alfredo De la Cruz Curasma – reglas de procedencia para demandar el pago de devengados, reintegros e intereses; en un proceso de amparo y cuando se trata del derecho a la pensión)¹⁶⁴. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, establece las reglas para la procedencia del amparo, teniendo como pretensión el pago de los devengados, reintegros e intereses. Para tal efecto precisa las condiciones de la procedencia y recurre a principios como el IURA NOVIT CURIA y ECONOMÍA PROCESAL (respectivamente).

¹⁶⁴En el presente caso el recurrente solicita que se declare inaplicable la Resolución 0000049744-2004-ONP/DC/DL 19990, de fecha 13 de julio de 2004, y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009. Asimismo solicita el reintegro de los montos dejados de percibir, por haberse denegado el reconocimiento de su derecho pensionario. El Tribunal declara fundada la demanda. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 13, 14 y 15.

El Tribunal en el fundamento 13 de la sentencia recuerda el precedente que precisó la condición para la procedencia en la vía constitucional de las pretensiones sobre pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses (STC 2877-2005-HC fundamento 15.d), del siguiente modo: “Procederá demandar en la vía constitucional el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses, siempre y cuando la pretensión principal esté vinculada directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido – delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA)”.

En base a ello en el fundamento 14, establece las reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses. Así señala que “Cuando en un proceso de amparo la pretensión se ubique dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido – delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), se observarán las siguientes reglas:

1. Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía.- Quien se considere titular de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el **reconocimiento** de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

2. Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.- Quien se considere titular de una pensión de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el

artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

3. Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente.- Los titulares de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes de cualquier régimen previsional, podrán interponer un amparo, cuando se acredite una afectación al derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente, en los términos del fundamento 37.c) del Caso Anicama, y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

4. Afectación del derecho a la igualdad.- Se procederá de la misma forma señalada en las reglas que anteceden, en los casos que se demande la afectación del derecho a la igualdad en los términos del fundamento 37.e) del Caso Anicama.

5. Procedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses.- Cuando en sede judicial se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido— delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y no se hubiere ordenado el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

6. Improcedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses.- El Tribunal no admitirá el RAC sobre pensiones devengadas, reintegros e intereses cuando verifique que el demandante no es el titular del derecho o que la pretensión no está directamente vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

En el fundamento 15, el tribunal precisa que en la disposición contenida en el fundamento 37.g) del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), a diferencia de los otros supuestos del fundamento 37, se ha señalado *prima facie* que pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión”.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N° 4762 -2007-AA (Caso Alejandro Tarazona Valverde – reglas para acreditar los periodos de aportaciones a la ONP)¹⁶⁵. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, establece las reglas para acreditar periodos de aportaciones a la ONP en el proceso de amparo. Esto con la finalidad de tutelar debidamente el derecho a la pensión.

De este modo en el fundamento 26 de la sentencia (STC N° 4762 -2007-AA) el Tribunal señala que *“cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

- a) El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en*

¹⁶⁵En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de mayo de 2005; y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47.º del Decreto Ley N.º 19990, con el abono de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes. El Tribunal declara fundada la demanda de amparo. Esta sentencia, constituye precedente vinculante en virtud del fundamento 26.

copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.

- b) La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.*
- c) La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.*
- d) En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282.º del Código Procesal Civil.*
- e) No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no*

ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar.

- f) *No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiestamente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas”.*

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N° 25 -2007 -PA (Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández – nuevos precedentes vinculantes en torno a la renta vitalicia)¹⁶⁶. En esta sentencia el Tribunal Constitucional, además de las reglas o precedentes emitidos con ocasión de los Exps. N°s 6612 – 2005 –PA Y 10087 -2005 – PA¹⁶⁷; establece nuevas reglas, o precedentes en los fundamentos los fundamentos 21,

¹⁶⁶En el presente caso el recurrente interpone demanda de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis, conforme al Capítulo VII del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, más el pago de las pensiones devengadas. Refiere haber laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., expuesto a la contaminación ambiental del polvo mineral, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis con 80% de incapacidad. El Tribunal declara infundada la demanda de amparo. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 21, 24, 26, 27, 29, 31, 34, 37, 40, 42, 45, 46, 48 y 49.

¹⁶⁷En estas sentencias el tribunal emite las siguientes reglas:

- a) No existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.
- b) No se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.º 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.
- c) Los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro

de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.º 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR.

- d) En los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.
- e) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.
- f) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.
- g) Ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo N.º 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.
- h) En los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.
- i) En el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.
- j) Para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.
- k) Los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790, debido a que ambas prestaciones

29, 46, 48 y 49 de la sentencia, que son los siguientes:

-
- se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.
- l) Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.
 - m) En el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:
 - 1) Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
 - 2) Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
 - 3) Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
 - 4) Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje. El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.
 - n) La fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.
 - o) La cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.
 - p) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivar el expediente.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

- a) “La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.
- b) Procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.
- c) En los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.
- d) Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.
- e) A la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago

de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes”.

Otro ejemplo de la presente causal, lo encontramos en la STC N° 04650 – 2007 –PA/TC (Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú – reglas adicionales al amparo contra amparo)¹⁶⁸. En esta sentencia el Tribunal establece dos reglas adicionales al “amparo contra amparo”, la primera de ellas está referida a un supuesto en el que el juez constitucional verifica que el segundo amparo se está presentando, cuando aún no se ha dado cumplimiento a la sentencia del primer amparo; y la segunda regla está referida al supuesto en el cual existe temeridad en la interposición del segundo amparo. En efecto el Tribunal en el fundamento 5 de la sentencia señala lo siguiente: “el Juez que recibe el segundo amparo deberá verificar, antes de admitir a trámite la demanda, si el empleador ha dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición, de modo que el segundo proceso no pueda significar en ningún caso una prolongación de la afectación de los derechos del trabajador”. Asimismo señala que “Si el Juez constatará que al momento de presentarse la demanda en un segundo proceso de amparo, el empleador no ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios del artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional”. Y para el supuesto en que se haya admitido a trámite la demanda del segundo amparo, el Tribunal ha dispuesto lo siguiente: si (...) resultara infundada, la instancia judicial correspondiente, o en su caso el Tribunal Constitucional, impondrán una multa por temeridad procesal al recurrente, conforme lo prevé el artículo 56° del Código Procesal Constitucional.

¹⁶⁸En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Rivera Quispe, Gómez Carvajal y Ugarte Mauny, así como contra la favorecida en dicho proceso, doña Rosa Sihuy Mueras de Gutarra, solicitando se declare nula y sin efecto legal la resolución de la referida Sala, de fecha 23 de septiembre de 2004, emitida en el trámite del expediente N.° 762-04, la misma que confirmando la apelada estimó la demanda de amparo de doña Rosa Sihuy Mueras de Gutarra contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito “Santa Rosa de Lima”. Aduce la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Según refiere, en el trámite del proceso constitucional de amparo las instancias judiciales, al estimar la demanda, no habrían reparado que la beneficiaria de dicha resolución, “a sólo 12 días de haber interpuesto la referida acción de amparo”, habría acudido también a la vía ordinaria solicitando el reintegro de sus beneficios laborales, lo que desde su punto de vista, convertiría en improcedente el referido proceso de amparo, por lo que al haber sido favorablemente estimada la demanda, las instancias judiciales habrían violado el debido proceso. El Tribunal declara infundada la demanda de amparo.

4.4. Frente a “Norma carente de interpretación jurisdiccional y en donde caben varias posibilidades”.

Un ejemplo de este supuesto lo constituye la STC N°2802 -2005- PA (Caso Julia Benavides García – interpretación de los derechos fundamentales: libertad de empresa, derecho al trabajo, derecho de petición; y tutela jurisdiccional efectiva, defensa y al debido proceso)¹⁶⁹. Con ocasión de la presente causa, se tenía que precisar el discurso interpretativo de las normas constitucionales que contenían los derechos invocados; dado que su carencia de interpretación y la posibilidad de existir más de un discurso interpretativo, impediría tomar una decisión jurisdiccional uniforme. En ese sentido el tribunal interpreta cada una de las normas que contienen los derechos invocados: libertad de empresa, derecho al trabajo, derecho de petición; y tutela jurisdiccional efectiva, defensa y al debido proceso.

Respecto al derecho a la libre voluntad de crear una empresa el Tribunal en el fundamento 4 de la sentencia ha señalado que “es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. (...) se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. (...) en el ámbito municipal, (...) el derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal”. En el fundamento 6 de la sentencia, el Tribunal señala que “(...) si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las

¹⁶⁹La recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Piura solicitando que se deje sin efecto el acta de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, levantada por la entidad demandada de manera arbitraria, vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso. Sostiene que en el mes de agosto de 2004 solicitó a la municipalidad emplazada el otorgamiento de una licencia provisional de funcionamiento para su establecimiento comercial “Así es mi tierra”, ubicado en la Av. Las Gardenias N.º 300, así como el correspondiente certificado de zonificación, el cual tuvo un retardo indebido en su entrega, razón por la cual su local fue multado en dos ocasiones y, posteriormente, clausurado. El Tribunal declara improcedente la demanda. Esta sentencia constituye precedente vinculante en virtud, de los fundamentos que van desde el 4 al 17; de conformidad con el fundamento 18 de la sentencia. En estos fundamentos con carácter vinculante, el Tribunal Constitucional realiza una debida interpretación de los derechos constitucionales objeto de tutela en el presente caso; asimismo determina y/o precisa la idoneidad del proceso de amparo.

licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, la cual cuenta con una adecuada estación probatoria (...).” De este modo en el fundamento 8 de la sentencia precisa que “para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial (...).

Respecto al derecho al trabajo, en relación al derecho a la libertad de empresa, en el fundamento 5 de la sentencia, el Tribunal explica que el derecho al trabajo es accesorio al derecho a la libertad de empresa, siendo así se afectará tal derecho cuando si previamente se determinara la vulneración del derecho principal, esto es la libertad de empresa.

En este sentido y complementando en los fundamentos antes expuesto, el Tribunal en el fundamento 9 de la sentencia, deja el entendido de que cuando se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los actuados no se constate una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado–, el amparo de ningún modo sería la vía idónea. Asimismo en el fundamento 16 de la sentencia el Tribunal explica que de alegarse (cuya acreditación es cuestionable) el cumplimiento de todos los requisitos para obtener la licencia de funcionamiento solicitada, y que, pese a ello, la administración edil de manera arbitraria no expide dicho documento, este Colegiado considera, que la demanda debe ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual, para dirimir la controversia, cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes”.

Respecto al derecho de petición, el tribunal en el fundamento 11 de la sentencia señala que (...) debe tenerse en cuenta que en la STC N.º 1042-2002-AA/TC, este Colegiado subrayó que su contenido esencial está conformado por dos aspectos que aparecen de su

propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido inevitablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

Respecto al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, el tribunal recuerda que (...) el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución de 1993, establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos. Este enunciado ha sido recogido por el artículo 4.° del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004), que define la tutela procesal efectiva como *“aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio y a la igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previos por la ley; a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal*. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución”.

Otro ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la STC N° 0206 -2005 -PA (Caso César Baylón Flores – interpretación constitucional de normas constitucionales laborales). En la presente causa existía el problema de la falta de interpretación de las normas que contienen los derechos tales como: derecho a una debida protección adecuada frente al despido arbitrario (artículo 27 de la Constitución), y el derecho a la libertad sindical (inciso 1 del artículo 20 de la Constitución).

Respecto a la norma contenida en el artículo 27 de la Constitución: protección frente al despido arbitrario; el Tribunal, en el fundamento 7 de la sentencia (STC N° 0206 -2005

–PA) sostiene que el contenido del derecho constitucional a *“una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador”*.

Respecto a la norma contenida en el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución: libertad sindical; el Tribunal en el fundamento 10 señala que: *“(…) la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva)”*. En los demás fundamentos, sobre el particular, precisa algunos conceptos tales como:

- La libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (f11).
- La libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos (f12).
- La dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados, sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales (F13).

- los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC N°4677 -2004 –PA (Caso Confederación General de Trabajadores del Perú CGTP – Derecho a la reunión)¹⁷⁰. En la presente causa ante la falta de una interpretación de la norma que contiene un derecho fundamental como el derecho a la reunión; el Tribunal establece un discurso interpretativo de la norma en cuestión (inciso 12 del artículo 2° de la Constitución). En efecto, en torno al derecho a la reunión, el Tribunal precisa dos cuestiones: 1) es de eficacia inmediata, esto es que no necesita de autorización previa y 2) Toda restricción o prohibición, exige motivación probada.

En el literal e) del fundamento 15 de la sentencia, el Tribunal precisa que el derecho a la reunión tiene eficacia inmediata, esto es que no está sujeto a una autorización previa de la autoridad, no obstante en casos particulares el ejercicio de tal derecho, es preciso un anuncio previo a la autoridad a efectos de que no se produzca restricciones derechos de terceros vg. Derecho al libre tránsito. En efecto el Tribunal ha señalado que “El hecho de que, a diferencia de las reuniones en locales privados o abiertos al público, el artículo 2°, 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas, puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio de este último tipo de reuniones es imprescindible la autorización previa de algún representante gubernativo, siendo, en consecuencia, un derecho mediatizado en su manifestación a la anticipada aquiescencia expresa de la autoridad pública.(...) el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio. Lo que ocurre es que, en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales

¹⁷⁰En el presente caso la recurrente, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política. El Tribunal declara fundada la demanda. La presente sentencia es vinculante en virtud del fundamento 15º literal e) y el fundamento 18º. En torno al derecho a la reunión, en esta sentencia, el Tribunal precisa dos cuestiones: 1) es de eficacia inmediata, esto es que no necesita de autorización previa y 2) Toda restricción o prohibición, exige motivación probada.

restricciones a otros derechos que éste represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º, 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados. Así las cosas, no cabe confundir la exigencia de aviso previo, con un supuesto sometimiento del derecho de reunión a la necesidad de una autorización previa de la autoridad administrativa, la cual, de ser exigida, resultará manifiestamente inconstitucional”.

En el fundamento 18 de la sentencia el Tribunal Constitucional, establece que la limitación del derecho a la reunión – prohibir o restringir – exige de motivos probados. Así señala que “tal como lo establece el artículo 2º, 12 de la Constitución, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser “probados”. No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. (...)

En tal sentido, debe tenerse presente que la prohibición debe ser la última ratio a la que puede apelar la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto.

Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentren debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad)”.

La importancia, de este precedente, es que con el mismo se está precisando la debida interpretación del derecho constitucional invocado. Por un lado, precisa su contenido y por otro lado, establece la condición que deberá cumplirse para limitar tal derecho.

Otro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la STC 0030 -2005 –PI (Caso 25% del número legal de congresistas – el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la constitución – arts. 201 y 202 de la Constitución)¹⁷¹. En la presente sentencia, ante la falta de la debida interpretación respecto a la labor del Tribunal Constitucional, como intérprete de la Constitución; el mismo Tribunal en esta sentencia, configura el discurso interpretativo de su labor interpretativa, a partir de las normas contenidas en los artículos 201 y 202 de la Constitución y otras normas complementarias. En efecto el Tribunal Constitucional deja sentada la idea de que su labor interpretativa tiene sus límites; fundamenta la emisión de sentencias interpretativas y fija los límites para su emisión.

Respecto a la idea de que su labor interpretativa tiene sus límites; en el fundamento 60

¹⁷¹Los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28617, cuyo artículo 1º modifica los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones (en adelante, LOE), y cuyo artículo 2º modifica el artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos (en adelante, LPP). Los fundamentos de la demanda son los siguientes :a) La Ley cuestionada, al referir que para ingresar al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos 6 representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir, 5% del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el 5% de los votos válidos a nivel nacional, vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31º de la Constitución), pues establece condiciones para su ejercicio que rebasan los lineamientos que la Constitución ha establecido en sus artículos 90º (que establece que para ser congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido 25 años y gozar de derecho de sufragio) y 91º (que enumera a los funcionarios que no pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo 6 meses antes de la elección).b) Condicionar el acceso al cargo de congresista a que el partido político al que se pertenece alcance un mínimo de representantes, vulnera directamente los citados artículos constitucionales.c) La “barrera electoral” vulnera la libertad con la que los ciudadanos deben ejercer su derecho fundamental a elegir a sus representantes (artículo 31º de la Constitución), pues aún cuando un candidato obtenga un número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos más votados, ello no lo hará merecedor del cargo de congresista, pues dicho acceso estará supeditado al porcentaje de votos alcanzado por su partido político. La Ley da lugar a una inconstitucionalidad, pues los 120 parlamentarios no serán necesariamente los 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos. d) El derecho de sufragio tiene naturaleza personal, de modo que no es posible que pueda ser compatible con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político en el Congreso. e) El límite es irrazonable, pues no se desprende del propio texto constitucional; en concreto, no deriva de sus artículos 30º (que establece los requisitos para ser ciudadano) y 33º (que establece las causas por las que se suspende la ciudadanía). f) La Ley impugnada evita que las elecciones al Congreso sean expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía, tal como lo exige el artículo 176º de la Constitución. Se da prioridad al interés de un partido político antes que al interés del pueblo.g) La Ley cuestionada resta la participación de las minorías y se deja sentadas las bases para el establecimiento de un antipluralismo político, generándose un clima de desincentivo para la formación de nuevos partidos políticos y fortaleciendo peligrosamente a los grupos mayoritarios, lo que puede repercutir en un forzado triunfo de las oligarquías partidarias.h) La modificación del artículo 87º de la LOE, conforme a la cual los partidos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigente su inscripción temporalmente por espacio de un año, al vencimiento del cual será cancelada, afecta directamente al Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que lo que se pretende es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías. El Tribunal declara infundada la demanda. Esta sentencia constituye, precedente vinculante en virtud de los fundamentos 60 y 61.

de la sentencia señala: “Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución”. Tal como se puede advertir toda labor de un poder constituido, entre ellos el Tribunal Constitucional, tiene sus límites en la propia Constitución.

Respecto al fundamento de la emisión de una sentencia interpretativa, el Tribunal ha sostenido, como se puede advertir a inicio del fundamento 61 de la sentencia, que tales sentencias tienen su fundamento en la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45º de la Constitución). Asimismo ha sostenido que estos principios constitucionales (fuerza normativa de la Constitución y responsabilidades constitucionales), a su vez, limitan los alcances y oportunidad de su emisión.

De este modo, en el fundamento 61 de la sentencia, el Tribunal establece tales límites teniendo como fundamento a la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y a las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45º de la Constitución). En efecto señala: “los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

- a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43º de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho ex novo dentro del marco constitucional (artículos 90º y 102º, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía secundum constitutionem.
- b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera

de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

- c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.
- d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.
- e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Otro ejemplo, de este supuesto lo encontramos en la STC N° 4635-2004-PA (Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala – derecho a las ocho horas diarias de trabajo o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo en el caso de los mineros)¹⁷². Para emitir una decisión jurisdiccional en la presente causa el Tribunal, ha tenido que

¹⁷²Los recurrentes interponen demanda de amparo contra la Empresa Southern Perú Copper Corporation, solicitando que se dejen sin efecto las jornadas obligatorias de doce horas diarias de trabajo durante cuatro días seguidos por tres de descanso impuestas por la demandada en sus diferentes secciones; y que, en consecuencia, se ordene la restitución de la jornada de trabajo de ocho horas diarias y la colocación, en todas las secciones o departamentos de la empresa, del cartel indicador de la jornada de trabajo de ocho horas, incluido el refrigerio de treinta minutos. El Tribunal declara fundada la demanda. La presente sentencia constituye, precedente vinculante en virtud de los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41. En estos precedentes, el Tribunal Constitucional, realiza una debida interpretación del derecho fundamental a las ocho horas de trabajo o a las 48 horas a la semana.

interpretar el artículo 25 de la Constitución, que contiene el derecho a las ocho horas diarias de trabajo o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo; teniendo como contexto las labores realizadas por los mineros.

En tal sentido en el fundamento 28 de la sentencia el Tribunal estima lo siguiente: “(...) en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, que han sido descritas a lo largo de la presente sentencia; y que, en este caso concreto, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante 4 días seguidos y en algunos casos hasta 5 días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación deficiente y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida”.

En efecto en el fundamento 29 de la sentencia considera que *“Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N.º 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25º de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora”*.

En base al parámetro constitucional, en el fundamento 35, deja sentada la idea, de que en un sistema de turnos de trabajo no compatible con el parámetro constitucional antes referido, acarrearía lo siguiente: *a) afecta la dignidad de las personas, principio-derecho que reconoce el artículo 1.º de la Constitución; b) constituye, en el mediano plazo, una acelerada disminución de la esperanza de vida y una amenaza del derecho a la vida de los trabajadores mineros; c) se torna incompatible con la obligación constitucional de todos – Estado, empresas y personas- de defender y promover el derecho fundamental a la vida, reconocido en el artículo 2.º inciso 1.º de la Constitución; y d) afecta el derecho a la protección del medio familiar.*

A mayor abundamiento, en el fundamento 39, el Tribunal señala: *“Debe tenerse presente que cuando la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos fijan un estándar mínimo (por ejemplo, el derecho a la jornada de ocho horas y el derecho a una jornada razonable de trabajo), entonces los convenios colectivos y los contratos de trabajo no pueden contradecir dicho estándar mínimo, bajo sanción de nulidad por contravenir derechos fundamentales”*.

4.5. Frente a la “Necesidad de cambiar de precedente vinculante”.

Un ejemplo particular de este supuesto lo encontramos en la STC N° 4853-2004-PA (Caso Dirección General de Pesquería de la Libertad – Nuevas reglas del amparo contra amparo)¹⁷³. Dejamos constancia que mediante esta sentencia con carácter de precedente vinculante se cambian las reglas del “amparo contra amparo” que se habían establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con ocasión del Expediente N°200-2002-AA/TC. En esta sentencia el Tribunal Constitucional había establecido cinco reglas para restringir el uso del amparo como medio para cuestionar lo resuelto en otro proceso de amparo siendo estas las siguientes:

¹⁷³En el presente caso, el recurrente interpone demanda de amparo contra los magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo, así como contra el Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, a fin de que se deje sin efecto la Resolución N.º 25, de fecha 30 de junio de 2003, expedida por la Sala emplazada en el trámite de un anterior proceso de amparo, seguido contra el Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional y otros. Solicita asimismo que se deje sin efecto todos los actos posteriores a la referida sentencia, los mismos que están en etapa de ejecución. Sostiene que, en el referido proceso (expediente N.º 1954-02), luego de apelar la resolución de primer grado, sólo se habría dado respuesta a una de las apelaciones; la planteada precisamente por la Dirección Regional de Pesquería, mas no se hace referencia alguna al recurso interpuesto por el Gobierno Regional de La Libertad. De este modo, según argumenta, se habrían violado sus derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y de defensa. El Tribunal declara infundada la demanda de amparo. La presente sentencia, constituye precedente vinculante en virtud de los fundamentos 39 y 40 de la misma. Mediante estos precedentes el Tribunal Constitucional, no solo establece las nuevas reglas del “amparo contra amparo” (f. 39); también establece las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente (f. 40). En efecto en el fundamento 40 se señala que: “El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional”. Asimismo “El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados”.

- a) Cuando la violación al debido proceso resulte manifiesta y esté probada de modo fehaciente por el actor;
- b) Cuando se hayan agotado todos los recursos al interior del proceso que se cuestiona y aquellos hayan resultado insuficientes para el propósito corrector;
- c) Cuando lo solicitado no se encuentre relacionado con lo decidido sobre el fondo, puesto que con el segundo amparo sólo se puede poner en tela de juicio cuestiones estrictamente formales;
- d) Cuando el nuevo proceso de amparo no intenta revertir una sentencia definitiva estimatoria, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada; y
- e) Cuando se trate de resoluciones emitidas por el Poder Judicial, mas no de aquellas emanadas del Tribunal Constitucional.

Sin embargo el Tribunal decide establecer las nuevas reglas del amparo contra amparo, de conformidad con la nueva legislación vigente del código Procesal Constitucional; pues las reglas antes precisadas habían sido en el marco de la legislación anterior. En efecto en el fundamento 39 de la sentencia bajo comentario establece lo siguiente: “Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

1. Objeto.– Constituirá objeto del “amparo contra amparo”:

- a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.
- b) La resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada

o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

- c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

2.- Pretensión.— El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el “amparo contra amparo” por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia.

3.- Sujetos legitimados.— Las personas legitimadas para interponer una demanda de “amparo contra amparo” son las siguientes:

- a) Frente a la resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán interponer una demanda de “amparo contra amparo” los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.
- b) Frente a la resolución denegatoria de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya

quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de “amparo contra amparo” el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, conforme a lo señalado supra, sólo se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

4.-Juez competente.– A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior justicia y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo”.

5. PRECEDENTE DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DE DERECHO.

2.5.1. En materia penal.

En materia penal, la Corte Suprema mediante ocho plenos jurisdiccionales, emitidos durante los años 2005 – 2012 y un pleno jurisdiccional extraordinario en el 2012, ha desarrollado diversos acuerdos plenarios, en virtud de los cuales ha delimitado el discurso jurídico de diversos temas en el campo del Derecho Penal Parte General, Derecho Penal Parte Especial, y del Derecho Procesal Penal teniendo en cuenta el Código de Procedimientos Penales y el Nuevo Código Procesal Penal.

En el campo del Derecho Penal Parte General, la Corte Suprema ha decidido pronunciado sobre los siguientes temas: 1. Reparación Civil y delitos de peligro (2006); 2. Combinación

de leyes o unidad en la aplicación de las leyes (2006); 3. Alcances de la pena de inhabilitación. (IV -2008); 4. Reincidencia, habitualidad determinación de la pena. (IV -2008); 5. Rondas campesinas y derecho penal. (V – 2009); 6. Determinación de la pena y concurso real. (V – 4- 2009); y 7. Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación de las penas. (VI -2010). También se ha pronunciado respecto a la institución de Prescripción, la misma que es tratada en el Derecho Penal Parte General y también por el Derecho Procesal. En efecto en torno a la Prescripción la Corte se ha pronunciado sobre los siguientes temas: 1. Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia. (2007); 2. La prescripción de la acción penal en el art. 46° -A y art. 49° del CP. (V – 2009); 3. Prescripción: problemas actuales. (VI -2010); 4. Alcances de la prescripción en los delitos funcionales. (VII- 2011); y 5. Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del Código Procesal Penal 2004. (I EXTRAORDINARIO -2012)

En el campo del Derecho Penal Parte Especial, la Corte Suprema, ha decidido pronunciado sobre los siguientes temas: 1. Intervención de tres más agentes. Alcances del artículo 297.6 CP. (2005); 2. Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir. (2006); 3. Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información. (2006); 4. Diferencias entre las agravantes que el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrantes de una organización criminal; 5. Violación sexual: alcance interpretativo del artículo 173°.3. CP, modificado por la ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena. (2007); 6. Aplicación del artículo 173°.3. del Código Penal. (IV -2008); 7. Correo de drogas, delito de TID y circunstancias agravante del artículo 297°.6 del Código Penal. (IV -2008); 8. Desaparición forzada. (V – 2009); 9. Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo. (V – 2009); 10. Regularización tributaria. (V – 2009); 10. Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales. (VII- 2011); 11. Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186° CP. (VII- 2011); 12. Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias típicas y penalidad. (VII- 2011); 13. Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170° del Código Penal. (I EXTRAORDINARIO -2012); 14. Diferencias entre delitos de extorsión y receptación de vehículos motorizados objetos de delitos de hurto o robo. (VIII – 2012).

En el campo del Derecho Penal Parte Especial, la Corte Suprema, ha decidido pronunciado sobre los siguientes temas: 1. Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado. (2005); 2. Cuestión previa e identificación del imputado. (2006); 3. Declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento. Presupuestos materiales (2006); 4. Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de la libertad según los artículo 80 y 83 del Código Penal. 5. La non reformatio in plus y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300° CPP) (2007); 6. Desvinculación procesal alcances del artículo 285° -A del código de procedimientos penales. (2007); 7. Pérdida de imparcialidad y proceso de habeas corpus o de amparo. (2007); 8. Valor probatorio de la pericia no ratificada. (2007); 9. Nuevos alcances de la conclusión anticipada. (IV -2008); 10. Personas Jurídicas y consecuencias accesorias. (V – 2009); 11. Control de la acusación Fiscal. (V – 2009); 12. Proceso de terminación anticipada: aspectos generales. (V – 2009); 13. Acusación directa y proceso inmediato. (VI -2010); 14. Incautación. (VI -2010); 15. Audiencia de tutela. (VI -2010); 16. Motivación de las resoluciones Judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma. (VII- 2011); 17. Constitución del actor civil: Requisitos, oportunidad y forma. (VII- 2011); 18. Apreciación de la Prueba en los delitos contra la libertad sexual. (VII- 2011); 19. Audiencia de tutela e imputación suficiente. (I EXTRAORDINARIO -2012); 20. Cadena de Custodia. Efectos jurídicos de su ruptura. (VIII - 2012); 21. Notificación de resoluciones y competencias del Ministerio Público. (VIII - 2012); 22. Concurrencia de procuradores en un mismo proceso en representación de intereses públicos. (VIII - 2012); y 23. Apelación de autos y concurrencia de la parte apelante a la audiencia en segunda instancia. (VIII - 2012).

En el desarrollo de estos temas, la Corte Suprema, específicamente las Salas Penales Permanentes y Transitorias, ha fijado los criterios que constituyen la doctrina legal; esto es precedente vinculante para los emisores mismos y para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía del Poder Judicial. De todos estos temas, nos centraremos en los temas más reiterativos, es decir en los temas que han tenido mayor desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema.

5.1.1. Frente a la indeterminación de “La pena”.

Mediante los plenos en materia penal, la Corte Suprema ha mostrado una especial

preocupación, en uniformizar el discurso jurídico respecto a la determinación de la pena, específicamente en los siguientes supuestos: i) *reincidencia y habitualidad*¹⁷⁴, ii) *concurso real de delitos y de faltas*¹⁷⁵ y iii) *conurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel*¹⁷⁶.

En estos supuestos, se presentaba el problema de indeterminación en la *determinación de la pena*. ¿De qué manera se determina la pena frente a la existencia de los supuestos antes indicados?, la respuesta a esta pregunta constituye el aporte del Poder Judicial con los precedentes contenidos en los plenos jurisdiccionales. Con esta labor jurisdiccional se contribuye con la uniformidad del discurso Jurídico de la determinación de la pena en los casos difíciles, esto es, en los casos donde se presentan los supuestos antes mencionados.

El discurso se empieza a desarrollar en el año 2008 con el Acuerdo Plenario N° 1 - 2008/CJ-116, del IV PLENO JURISDICCIONAL. Con este acuerdo se pretende uniformizar el discurso respecto a la determinación de la pena en casos de *reincidencia y habitualidad*. La Corte, advirtió en ese entonces una deficiente técnica legislativa en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46 B y 46 C del Código Penal (En el pleno por error se consigna: artículos 46 A y 46 B).

El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los contenidos de los fundamentos 12 y 13, literales a, b, c, d, f y g. Así, en el fundamento 12, se precisa la finalidad de la inclusión de la reincidencia, los requisitos sustantivos y procesales para

¹⁷⁴Frente a este supuesto de indeterminación la Corte Suprema del Poder Judicial desarrolla el discurso respecto al tema “Reincidencia, habitualidad determinación de la pena”, desarrollado con ocasión del Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO JURISDICCIONAL. El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los contenidos de los fundamentos 12 y 13, literales a, b, c, d, f y g.

¹⁷⁵Frente a este supuesto de indeterminación la Corte Suprema del Poder Judicial desarrolla el discurso respecto al tema “Determinación de la pena y concurso real”, desarrollado con ocasión del Acuerdo Plenario N° 4 -2009/CJ-116, del V PLENO JURISDICCIONAL. En este tema se abordaron los siguientes subtemas: i) El concurso real de delitos, ii) El concurso real de faltas, y iii) Acusación fiscal y congruencia. Aquí el pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los contenidos de estos subtemas que van desde el fundamento 6 hasta el 18.

¹⁷⁶Frente a este supuesto de indeterminación la Corte Suprema del Poder Judicial desarrolla el discurso respecto al tema “Conurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación de las penas”, desarrollado con ocasión del Acuerdo Plenario N° 2 -2010/CJ-116, del VI PLENO JURISDICCIONAL. El tema se desarrolla en tres subtemas o puntos: i) Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel, ii) La concurrencia de circunstancias agravantes y específicas y iii) La determinación de la Pena en caso de concurrencia de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel. El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los contenidos de estos subtemas que van desde el fundamento 7 hasta el 12.

su calificación, y la medida de pena. En el fundamento 13 se precisa los criterios de interpretación en torno a la reincidencia y la habitualidad.

Con estos criterios de interpretación, la Corte pretende resolver los problemas identificados en torno a la reincidencia y habitualidad. Así en virtud de los fundamentos 13 y los criterios de interpretación contenidos en el fundamento 14, se puede identificar las siguientes reglas.

3. La reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en sus rol de circunstancias cualificadas; y en consecuencia la determinación de la pena concreta deberá realizarse dentro del nuevo marco conminatorio fijado por Ley. El nuevo máximo de la pena será el límite fijado por el artículo 46° B (un tercio o una mitad por encima del máximo original).
4. La reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de la libertad por condena anterior. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia puede ser igual o distinta naturaleza que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente. Los delitos – se excluyen las faltas – antecedente y posterior han de ser dolosos.
5. La habitualidad se produce solamente en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre uno de ellos en dicho plazo. Además requiere que todos los delitos cometidos sea dolosos y de igual naturaleza.
6. A los efectos punitivos de la habitualidad se sumará a la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real, dentro de los límites fijados en los artículos 50° y 51° del código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás).
7. Las agravantes cualificadas del 46° A del Código Penal, son compatibles con la reincidencia y habitualidad; por lo que en caso de concurrencia se deberá aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, la cual no podrá exceder de los límites fijados por el referido artículo 46° A (de treinta y cinco años de privación de libertad).

8. En ningún caso la pena concreta que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad será mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicará dicha pena.
9. Desde la vigencia del N° 28730 que reformó el artículo 69 del código penal (13 de mayo del 2006), la reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena. Cuando se haya vencido el plazo de prescripción de la reincidencia acordado en cinco años posteriores a la excarcelación, operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por la condena.

Con estas reglas, la Corte ha intentado, coadyuvar con la uniformidad del discurso en torno a la determinación de la pena en casos de reincidencia y habitualidad. Es de advertir que, con estas reglas, se disipan las indeterminaciones respecto a la diferencia entre la reincidencia y la habitualidad, al tipo de circunstancias a las que pertenecen (comunes o cualificadas), los efectos punitivos y sus límites, entre otras cuestiones.

Un segundo avance frente al problema de la indeterminación de la determinación de la pena, tiene lugar en el año 2009 con ocasión del Acuerdo Plenario N° 4 -2009/CJ-116, del V PLENO JURISDICCIONAL en el cual se pretende resolver indeterminaciones en torno a la determinación de la pena en caso de *concurso real de delitos y de faltas*. El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los contenidos de estos subtemas que van desde el fundamento 6 hasta el 18.

Del contenido del precedente se puede extraer reglas tales como:

1. Para la determinación de las penas en caso de concurso real de delitos, el esquema operativo que se debe desarrollar el siguiente:
4. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso.
5. Sumar las penas concretas parciales y así obtener con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso, la cual será sometida a un examen de validación el cual consiste en lo siguiente: i) verificar que la pena no exceda de 35 años si es pena privativa de la libertad temporal, ii) verificar que no exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito concurrente más grave, y iii) verificar que ninguno de los delitos

integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, y de ser el caso será la única que tendrá la condición de pena concreta (fundamento 7).

2. En caso de concurso reales retrospectivos, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes; luego someterlo al examen de validación.
3. Para el caso de de concurso real de faltas, se aplican las reglas de determinación de la pena concreta que rigen para el concurso real de delitos; sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multas que fija la ley.
4. Cuando en la acusación del fiscal se ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo prevista en la ley, prima el principio de legalidad, pues el juez está sometido a la ley que no puede dejar de aplicarla. El juez, en suma debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

Un tercer avance frente al problema de la indeterminación de la determinación de la pena, tiene lugar en el año 2010, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 2 -2010/CJ-116, del VI PLENO JURISDICCIONAL, con el cual se pretende resolver indeterminaciones en torno a la determinación de la pena en caso de *concurrency de circunstancias agravantes específicas de diferente grado o nivel*. El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los contenidos de estos subtemas que van desde el fundamento 7 hasta el 12.

Se extraen reglas tales como:

5. La pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado (fundamento 7).
6. Todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos para poder configurar la pena concreta; sin embargo la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación; esto en virtud de la garantía ne bis in

idem (fundamento 10).

7. Las circunstancias agravantes compatibles se valoran en conjunto y se extrae los efectos para la definición de la pena concreta; y las incompatibles (las que pertenecen a un mismo factor) deber ser excluirse en función a la especialidad).
8. La circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior.

5.1.2. Frente a la indeterminación de “La prescripción”.

El discurso tiene su inicio en año 2007, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ – 116. El tema a resolver era la indeterminación respecto a la virtualidad procesal de la Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional – procesos sumarios - en resoluciones que ponen fin a la instancia. La cuestión problemática consistía en resolver si en un proceso sumario, la interposición del recurso de queja excepcional, produce la suspensión de la prescripción.

La resolución de esta cuestión problemática, implicaba el análisis de adecuación teniendo como parámetro legal artículo 84° del Código Penal que regula la SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Conforme a este dispositivo legal “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido”.

En efecto, la Corte Suprema concluye que la incoación y trámite del recurso de queja respecto a las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. Llega a esta conclusión tras contrastar que los dos presupuestos exigidos por el 84° del Código Penal - i) existencia de una cuestión jurídica inédita que impide la iniciación o la continuación del proceso penal incoado y ii) la decisión que incida sobre la iniciación o la continuación del proceso se realice otro procedimiento - se cumplen en el presente caso. Así respecto al primer presupuesto, la Corte consideró que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito vulneró la Constitución o, en su sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación,

obliga a establecer si la causa debe o no continuar; y en efecto impide el archivo hasta su dilucidación. Respecto al segundo presupuestos consideró que como consecuencia de la interposición del mencionado recurso se forma un cuaderno de queja, el cual opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, excepcional y autónomo.

Teniendo en cuenta este criterio, la Corte Suprema, restablece como regla lo siguiente: “para el cómputo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepción - contra la resolución que pone fin a la instancia – y la remisión de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso de queja y concede el recurso de nulidad respectivo”.

En año 2007, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 9 -2007/CJ -116, se resuelve un segundo tema. El problema esta vez se circunscribía a la indeterminación respecto a la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80° del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a los dispuesto en el párrafo final del artículo 83° del citado cuerpo legal. La cuestión problemática consiste en determinar si los límites del plazo de prescripción regulados en el cuarto párrafo del artículo 80° afecta y /o excluye la operatividad del supuesto contenido en el párrafo final del artículo 83°.

Conforme al cuarto párrafo del artículo 80° “el plazo de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de la libertad temporal siempre será de 20 años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de 30 años”. Conforme al párrafo final del artículo 83° el plazo vence cuando *“el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción”*.

La Corte Suprema advierte que el Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Así se tiene el plazo ordinario que se fija en función al artículo 80° del Código Penal; y el plazo extraordinario que se fija en función del párrafo final del artículo 83°. Estando a ello, considera que los límites de los plazos ordinarios – 20 y 30 años según el caso - establecidos en el cuarto párrafo del artículo 80°, no afecta en nada, ni menos excluyen

la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, preciados en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal. De este modo, para la Corte, el plazo ordinario se fija en función al máximo de la pena conminada por la Ley Penal, siempre y cuando no sobrepase los límites, precisados en el cuarto párrafo del artículo 80°; en tanto que el plazo extraordinario siempre se fijará en función del párrafo final del artículo 83°, y de ningún modo en función del cuarto párrafo del artículo 80°.

En virtud de tales consideraciones, en el fundamento 10 del acuerdo, la Corte establece las siguientes reglas:

9. Cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años.
10. Cuando la pena que reprime el delito sea de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

En año 2009, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 8 -2009/CJ -116, se resuelve un tercer tema en torno a la institución de la prescripción. El problema, esta vez, se circunscribía a la indeterminación respecto a la prescripción de la acción penal en el art. 46° -A y art. 49° del CP. La cuestión problemática consistía en dilucidar las implicancias cuantitativas de las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46° - A y 49°, último inciso del primer párrafo, CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal.

El referido artículo 46° -A CP, regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo: Funcionario Público; éste supuesto posibilita al Juez a incrementar la pena hasta por un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Asimismo fija un límite al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° CP – 35 años.

El artículo 49° prevé el delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o

semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito “continuado”. Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicada por el delito continuado: el “delito en masa”. En este último supuesto el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

Para determinar las implicancias de las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46° - A y 49°, último inciso del primer párrafo del CP, en el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal, la Corte Suprema ha tenido en cuenta que el cómputo del plazo de prescripción se realiza en función al máximo legal de la pena abstracta. En ese sentido analiza si tal circunstancia, constituye o no un elemento del tipo, de modo tal que haya influido para la fijación de la pena abstracta (mínimo y máximo prescrito en el tipo penal). Así en el caso que constituya, si podría ser valorada para los efectos del cómputo del plazo, caso contrario, no podría ser valorado para tales efectos.

En base a este criterio, la Corte Suprema establece que el incremento de la pena que implica la agravante contenida en el artículo 46° -A CP no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de la prescripción de la acción penal; dado que no se trata de un elemento constitutivo del tipo penal que haya influido en la fijación de la pena abstracta, sino de un elemento accidental que influye únicamente en la determinación de la pena.

Caso contrario ocurre para el caso del artículo 49°, último inciso del primer párrafo del CP: delito en masa. Conforme al criterio del Corte, el incremento de la pena que implica la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicada por el delito continuado: el “delito en masa” - último inciso de su primer párrafo del artículo 49° CP, si debe ser adicionada para determinar la prescripción de la acción penal, dado que si constituye un elemento constitutivo del tipo que ha influido en la fijación de la pena abstracta; pues con su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto.

Con este precedente se tiene que para el cómputo del plazo de prescripción el supuesto

del artículo 46° - A, no tiene implicancia alguna; mientras que el supuesto contenido en artículo 49° último inciso del primer párrafo del CP, si tiene implicancia.

Este criterio no es del parecer del voto en minoría, para quienes ambos supuestos tienen implicancia en el cómputo del plazo de prescripción. Dentro de sus fundamentos, es de recatar los siguientes:

11. Las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidas a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquellas que como las reguladas en los artículos 46° A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente para el delito.
12. no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites procedentes de una pena conminada o básica.
13. Si la posibilidad de extensión de la pena se amplía por las circunstancias agravantes calificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido.

En el año 2010, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 1 -2010/CJ-116 (VI PLENO), la Corte Suprema desarrolla tres temas en torno a la prescripción. El primer tema, tenía por objetivo resolver el problema de la indeterminación de los alcances del último párrafo del artículo 80° del Código Penal: la duplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del estado. El segundo tema tenía por objetivo, resolver la indeterminación de la prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas. El tercer tema, tenía por objetivo, resolver la indeterminación respecto al sentido del artículo 339° del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación preparatoria. Establece como precedentes los fundamentos jurídicos 12° al 32°.

Respecto al primer tema - indeterminación de los alcances del último párrafo del artículo 80° del Código Penal – la Corte Suprema, considera que es necesario complementar la labor legislativa – duplicar la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del estado –

interpretando el sentido de la ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó – método lógico sistemático. Así, entiende que el contenido del último párrafo del artículo 80° del Código Penal, se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del libro segundo del mismo cuerpo legal, “Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos”.

En este marco, la corte considera necesario, la existencia de una vinculación directa entre el patrimonio del estado y los funcionarios o servidores públicos. Tal cuestión exige el concurso de tres presupuestos¹⁷⁷:

- Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito – funcionario o servidor público – y el patrimonio del Estado.
- Que el vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que éste ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción y custodia sobre bienes públicos.
- Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

De otro lado la Corte destaca que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada¹⁷⁸. Respecto a los bienes de propiedad privada, precisa estos deben encontrarse en posición directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

Respecto al segundo tema - indeterminación de la prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas – la Corte Suprema, advierte que respecto a las faltas no se ha precisado legislativamente las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas; no obstante que en el inciso 5 del artículo 440°

¹⁷⁷Fj. 15

¹⁷⁸Fj 17.

establece que “son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (...)”.

Frente a tal situación, la Corte establece que la prescripción extraordinaria en las faltas se define observando lo dispuestos en el artículo 83 in fine: incrementar en una mitad el plazo ordinario. De este modo si el plazo ordinario en las faltas es de un año, el plazo extraordinario será de un año y seis meses de cometida la infracción. Y en el caso del plazo ordinario frente al supuesto de reincidencia, que es de dos años para las faltas, el plazo extraordinario ser de tres años¹⁷⁹.

Siguiendo con el segundo tema - indeterminación de la prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas – la Corte, respecto a las faltas, advierte también que a nivel legislativo, si bien se regula el plazo ordinario en supuesto de reincidencia (inciso 5 del artículo 440° CP), no se identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas.

Frente a esta situación sobre la base del artículo 46° - B del Código Penal - en el cual se alude, a decir de la Corte, la reincidencia en las faltas en los siguientes términos: “igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas” - la Corte Suprema adopta los siguientes criterios¹⁸⁰:

- La reincidencia en las faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
- La reincidencia en las faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.
- Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor de dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo

¹⁷⁹Véase los fundamentos 21 y 22.

¹⁸⁰Fj. 22.

Respecto al tercer tema - indeterminación respecto al sentido del artículo 339°. 1. del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación preparatoria – La corte ha precisado que la redacción y el sentido del texto legal es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad del legislador fue establecer que ese acto fiscal es motivo de suspensión¹⁸¹.

En el año 2011, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 2 -2011/CJ-116 (VII PLENO), la Corte decide ampliar el desarrollo en torno al primero de los temas abordados en el Acuerdo Plenario N° 1 -2010/CJ-116 (VI PLENO): alcances del último párrafo del artículo 80° del Código Penal; conforme al cual se duplica la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado. La cuestión problemática a resolver consistía en determinar si la duplica de los plazos de prescripción también resultaba aplicable para los *extraneus*, esto es para inductor o cómplice.

Del acuerdo en cuestión se depende el criterio de la Corte Suprema, en el sentido negativo; es decir la duplica de la prescripción contenida en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal, no resulta aplicable a los *extraneus*. La Corte, sustenta su criterio al considerar en el fundamento 16, lo siguiente: “(...) es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. (...) En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. En ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor

¹⁸¹Fj. 27.

extensión de los mismos para el *extraneus*.

En el año 2012, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 3 -2012/CJ -116 (I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO)¹⁸², la Corte Suprema ratifica la validez del Acuerdo plenario N° 1 -2010/CJ-116 (VI PLENO), respecto a la al sentido del artículo 339°. 1. del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación preparatoria. Dicha ratificación, lo sustento en la legislación extranjera (literal a) del artículo 223° del Código Procesal de Chile), y el derecho penal histórico penal Peruano.

De otro lado preciso que no existe antinomia entre los artículos 83ª y 84° del Código Penal de 1991, con el artículo 339°. 1 del Código Procesal Penal del 2004. Al respecto en el fundamento 10, la Corte Suprema, señala: “Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.

En virtud de este acuerdo, la Corte aprovecha y establece un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal del 2004. En efecto, la Corte, atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, asimila el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Así en el fundamento 9 establece lo siguiente:

14. La suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339°. 1 no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.

5.1.3. Frente a la indeterminación en los delitos contra la libertad sexual.

El afán de uniformizar el discurso frente a problemas de indeterminación en los delitos de la libertad sexual, tuvo su inicio en el año 2007 con ocasión del Acuerdo Plenario N° 7 -2007/CJ-116, del PLENO JURISDICCIONAL del año 2007; con el cual se pretendía resolver el problema de indeterminación, respecto a la interpretación del artículo

¹⁸²Establece como precedente, los fundamentos 6 al 11.

173º.3., del Código Penal, modificado por la ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena. El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los fundamentos jurídicos 9 al 12.

El artículo 173º.3., del Código Penal, prescribía el delito de violación sexual de menor de edad, mayor de 14 y menor de 18 años. Conforme a la interpretación literal y dentro del contexto del artículo 173º que regula todos los supuestos del delito de violación sexual de menor de edad, para que se configure el delito, resultaba irrelevante el consentimiento o no de la relación sexual. De modo que aunque hubiera o no consentimiento del acto sexual, la sanción oscilaría entre 25 y 35 años de pena privativa de libertad.

Al respecto la Corte en el fundamento 9 del pleno, precisó que el tratamiento penal del artículo 173º.3., era abiertamente desproporcionado en relación a otros delitos, por lo cual se debería buscar la proporcionalidad en base a las circunstancias particulares del caso y las condiciones de los sujetos. En el fundamento 10 la corte establece que el jurisdiccional debe considerar como factores complementarios de atenuación, a los siguientes: a) que la diferencia etaria entre el sujeto activo y el sujeto pasivo no sea excesiva, b) que exista entre el sujeto pasivo y activo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, c) que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad, y d) la admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Teniendo en cuenta estos fundamentos, en el fundamento 12 estableció reglas tales como:

- Debe atenuarse la pena, en los casos del artículo 173º.3., hasta los límites considerados en los artículos 175º y 179º A del Código Penal. Teniendo en cuenta los siguientes factores de atenuación: a) que la diferencia etaria entre el sujeto activo y el sujeto pasivo no sea excesiva, b) que exista entre el sujeto pasivo y activo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, c) que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad, y d) la admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas

sexuales realizadas.

- Cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 16 y 18 años de edad, es aplicable el artículo 20º, inciso 10 del Código Penal – que regula la institución del consentimiento, y en virtud del cual se produce la exención de la pena.
- Si la relación sexuales voluntaria y el agraviado tiene entre 14 y 16 años de edad, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175º y 179º A del Código Penal.
- Cuando el acceso carnal con una persona entre 14 y 18 años de edad no es voluntaria, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esa última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173º. 3., del Código Penal.

Con este precedente, lo que se tiene es un nuevo discurso, que dista de la literalidad del contenido del inciso 3 del referido artículo y el contexto en relación a todos los supuestos del mismo. Con este nuevo discurso, aparece como nuevo elemento la atenuación y la exención de pena en caso que hubiera consentimiento del acto sexual. Este último elemento – exención de la pena – sería aplicable para los mayores de 16 y menores de 18 años.

En el año 2008 con ocasión del Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116, del IV PLENO JURISDICCIONAL, se retoma el discurso, con la misma pretensión: resolver el problema de indeterminación, respecto a la interpretación del artículo 173º.3., del Código Penal. El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los fundamentos jurídicos 6 al 12. Del contenido de estos fundamentos entre otras cuestiones, se modifica el discurso respecto a la atenuación y a la exención de la pena.

El nuevo discurso a partir de este precedente, es que la exención de la pena - artículo 20º, inciso 10 del Código Penal – sería aplicable, no solo cuando el agraviado que presto su consentimiento sea mayor de 16 pero menor de 18, sino también a los menores de 16 pero mayores de 14; es decir la nueva regla de la exención de la pena, se extiende a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescente de 14 y 18 años de edad. En este sentido la nueva regla sería:

“Cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 14 y 18 años

de edad, es aplicable el artículo 20º, inciso 10 del Código Penal – que regula la institución del consentimiento, y en virtud del cual se produce la exención de la pena”.

Como se puede advertir la modificación se circunscribe a la edad del agraviado, en el acuerdo anterior la edad era entre 16 y 18, y en el presente acuerdo es entre 14 y 18. El acuerdo anterior se sustentó en las normas del código civil (44º, 46º y 241º), en virtud de las cuales se sostendría que los mayores de 16 y menores de 18 tienen capacidad jurídica para disponer de su libertad sexual; sin embargo la Corte advierte que existen otras normas penales clásicas también vigentes (artículo 175, 176 y 176 –A), que cambian el enfoque del problema; pues de su análisis, es posible inferir que los mayores de 14 y menores de 18, tendrían capacidad jurídica de disponer de su libertad sexual . En ese sentido frente al problema de la indeterminación surgida a partir de la contradicción entre disposiciones del código civil y del artículo 173.3 del Código penal, y entre la normas que configuran el propio Código Penal, la Corte decide establecer la presente regla aplicando el principio de la ley más favorable al reo en virtud de lo dispuesto por el artículo 139º. 11.

Con este precedente, se deja sin efecto las reglas de atenuación, todo lo demás mantendrían su vigencia. Esto significaba que el contenido del 173.3 del Código penal, constituiría un tipo penal de delito de violación sexual a menor de edad, en cuyo discurso interpretativo, el análisis de la voluntad del agraviado – contrariamente al discurso literal y dentro del contexto del artículo 173º del código penal – si resulta relevante. Así, cuando en el acto exista consentimiento del agraviado, operaría la exención de la pena en aplicación del artículo 20º, inciso 10 del Código Penal; en tanto que si no existiera tal consentimiento se aplicaría las consecuencias penales, previstas en el inciso 3 del artículo en cuestión.

Este discurso, estaría vigente por un tiempo, hasta que en el año 2012 con ocasión del Acuerdo Plenario N° 1 -2012/CJ-116, del I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO, se vuelve a retomar el discurso, esta vez para resolver el problema de indeterminación, respecto a la ubicación del contenido del artículo 173º.3., del Código Penal. El pleno jurisdiccional, establece como doctrina legal, los fundamentos jurídicos 9 al 17.

El pleno en mayoría, identificó como problema la ubicación inadecuada del supuesto de *violación a mayores de 14 pero menores de 18*, en el inciso 3 artículo 173° del código Penal; y como solución – mientras no exista rectificación a nivel legislativo - planteó la reconducción al artículo 170° del mismo código; dado que el supuesto antes descrito encaja sin problema alguno en este tipo penal. Básicamente, sustenta su posición, advirtiendo que en los delitos de violación sexual de mayores de 14 años y menores de 18 años - tipificado en el inciso 3 del artículo 173° del código penal – el análisis de la voluntad del agraviado si tiene relevancia, en consecuencia no podría estar ubicado en el artículo 173° del Código Penal, dado que en todos los supuestos – excepto el contenido en el inciso 3 – el análisis de la voluntad del agraviado es irrelevante.

EL voto en mayoría, precisa que el bien jurídico protegido en el artículo 173° es la indemnidad sexual, mientras que el bien jurídico protegido en el artículo 170° del mismo código es la libertad sexual. Por indemnidad sexual, se entiende la incapacidad psíquica y/o física para decidir de realizar o no el acto sexual; en tanto que por libertad sexual, se entiende la capacidad física o psíquica de tomar una decisión de realizar o no el acto sexual. En el bien jurídico “*indemnidad sexual*” el elemento voluntad no tiene relevancia, en tanto sí en el bien jurídico “*libertad sexual*”. En este sentido, al ser relevante el análisis de la voluntad en delito de violación de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad, el inciso 3 del artículo 170ª del Código Penal, está inadecuadamente ubicada; pues distorsiona la lógica en relación a todos los demás supuestos del artículo 173° del Código Penal, en los cuales, en al análisis de la voluntad del agraviado es irrelevante.

En este marco, la regla fundamental que se desprende de este precedente es la siguiente:

Para los efectos de la sanción penal ante el supuesto de violación sexual a menores de 18 pero mayores de 14, no será aplicable el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, en tanto sí el artículo 170° del código penal; y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173 – A, 175 Y 179 – A del Código Penal o 176 –A.3 del Código Penal, como fuera atinente.

Con esta regla, el supuesto en el cual el agraviado consiente el acto sexual, ya no existe;

pues en dicho supuesto simplemente no existe delito. De modo que ya no hace falta hablar de exención de pena, pues al verificarse que ha existido consentimiento del agraviado en el acto sexual, la decisión sería por la absolución. Con esta nueva regla se cambia nuevamente el discurso y es el vigente hasta la fecha. Es de precisar que este nuevo discurso no ha sido del voto uniforme; pues el voto en minoría ha sostenido básicamente que la reconducción del supuesto al artículo 170° del Código Penal, desconoce el principio de legalidad. Al margen de las posiciones a favor o en contra de este nuevo discurso, lo cierto es que es el vigente y vinculante a la labor jurisdiccional; hasta que no exista un cambio del discurso en virtud de una labor legislativa o jurisdiccional.

5.1.4. Frente a la indeterminación en la acusación fiscal.

El discurso en torno a la acusación fiscal, tiene su inicio en el año 2007, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 4 -2007/CJ -116. El tema, que se abordó estaba referido a *la desvinculación procesal de la acusación*, cuya regulación se encontraba en el artículo 285° - A del Código de procedimientos penales. Con este precedente se resuelve el problema de la indeterminación respecto al discurso de la desvinculación procesal de la acusación. Así el discurso quedó establecido en los siguientes términos: “(...) el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Esta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que se respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa”¹⁸³.

En el año 2009, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ – 116, la Corte Suprema decide, definir el discurso respecto los siguientes temas: i) La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales ii) El control de la acusación en el Antiguo Código de Procedimientos Penales (ACPP), iii) El control de la acusación en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP).

¹⁸³Véase el punto 14 en la parte decisoria.

Respecto al primer tema - La acusación Fiscal. Alcances jurídico procesales - a partir del contenido legal (art. 195°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, 219° del Código de Procedimientos Penales y 1°, 60° y 344°.1 del Nuevo Código Procesal Penal), en el fundamento 6 del Acuerdo, la Corte define a la Acusación Fiscal, como un acto de postulación del Ministerios Público, mediante la cual se peticiona motivadamente al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. Tal acto es obligatorio cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado. Precisa que la acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional; tales requisitos son: a) legitimación activa del fiscal como tal: que la intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública; b) legitimación pasiva del acusado: debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. Desde la perspectiva objetiva, se requiere lo siguiente: c) respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y jurídica y petición de una concreta sanción penal. Ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (art. 92° del Código Penal) se requiere: d) la pretensión civil basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito.

La Corte, en el fundamento 7, precisa que el contenido legal: artículo 225° del Código de Procedimientos Penales, 349° del Nuevo Código Procesal Penal y 92°.4 de la Ley Orgánico del Ministerio Público; identifica el contenido de la acusación y condiciona su eficacia. De este contenido legal se precisa los alcances de los requisitos referidos en el párrafo anterior. Así respecto al requisito b) – legitimación pasiva del acusado- la Corte ha señalado que “desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de la investigación preparatoria o instrucción - fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACP, respectivamente -“. Respecto al requisito c) – requisitos objetivos – la Corte ha señalado que “desde la perspectiva objetivo, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título del condena y concretar una petición determinada, así como el

ofrecimiento de medios de prueba”.

En el marco de estos requisitos, la Corte ha precisado en torno a la acusación lo siguiente:

- Debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el derecho penal, los hechos que fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley, que han de constituir el objeto de juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por necesaria relevancia jurídico – penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”.¹⁸⁴
- Debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Este comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, el grado del delito, a la forma de autoría o de participación¹⁸⁵.
- Lo expuesto en el auto apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, respecto al fundamento jurídico, tiene un *carácter relativo*¹⁸⁶: lo que interesa sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de la investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado¹⁸⁷.

¹⁸⁴Véase el segundo párrafo del fundamento 7.

¹⁸⁵Véase el primer párrafo del fundamento 8.

¹⁸⁶Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°. 2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre - claro está - con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial - es decir, total o parcial - entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respecto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal (3er párrafo del fundamento 8).

¹⁸⁷Véase el 2do párrafo del fundamento 8.

Respecto al segundo tema - el control de la acusación en el ACPP - la corte, interpretando en clave constitucional el artículo 229° ACPP, precisa que será menester que previamente a la calificación judicial de acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial – definido en función a las características y complejidad de la causa – a las demás partes¹⁸⁸. Vencido el plazo, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el art. 225° ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos desarrollados en el párrafo 7¹⁸⁹.

Cuando el Tribunal advirtiera defectos en la acusación tales como: i) El petitorio o *petitum* sea incompleto e impreciso; ii) Que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente – no circunstanciado -, vago, oscuro o desordenado; iii) Que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado; deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible – tal decisión no está prevista en el artículo 292° ACPP – las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar – si correspondiere – las observaciones resaltadas judicialmente¹⁹⁰.

También comprende aquellas instituciones que autoriza al juez su control o ejercicio de oficio como lo es los presupuestos procesales – la jurisdicción y la competencia – y a la causa – excepciones procesales -. Sin embargo, la Corte precisa que antes de instar de oficio el trámite para su decisión, debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncie al respecto¹⁹¹.

Finalmente respecto al tercer tema - El control de la acusación en el NCPP - a entender de la Corte Suprema, tiene lugar en la etapa intermedia y consiste en dos tipos de control: formal y sustancial¹⁹². Precisa en principio que la etapa intermedia consta de dos fases: escrita y oral. En el marco de estas fases al Juez de la Investigación

¹⁸⁸Véase el 2do párrafo del fundamento 9.

¹⁸⁹Véase el fundamento 10.

¹⁹⁰Véase el fundamento 10.

¹⁹¹Véase el fundamento 11. En este mismo fundamento (in fine), la corte, precisa que otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función de las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

¹⁹²Léase los fundamentos 12 al 15.

Preparatoria tiene distintas posibilidades de actuación frente a la acusación fiscal, según los artículos 350º/352º, el cual se concreta luego del trámite de traslado a las demás partes (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). En este sentido la Corte precisa que el Juez decide luego de escuchar a todas las partes procesales, nunca antes.

Respecto al control de la acusación, que corresponde a las partes y que puede promoverse de oficio, la Corte precisa que frente a los defectos formales requieren del Juez conforme al artículo 352º. 2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de “un nuevo análisis del Ministerio Público”; y frente a los defectos sustanciales – validez de la acusación y consecuente procedencia del juicio oral – corresponde decretar al Juez, previo pronunciamiento de las partes, el sobreseimiento de la causa, siempre y cuando esté inmerso en los requisitos contemplados taxativamente en el artículo 344º.2¹⁹³.

La Corte precisa en el fundamento 15 que por la propia naturaleza de ambos controles, no es posible ejercerlos conjuntamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352º. 2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349º.1 NCPP – en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar – lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. Identificadas las observaciones requiere de un nuevo análisis del Ministerio Público¹⁹⁴. El control sustancial, tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (art. 344º.1 NCPP)¹⁹⁵.

¹⁹³Léase el fundamento 13 y 14.

¹⁹⁴Véase el fundamento 15 1er párrafo.

¹⁹⁵Véase el fundamento 15 2do párrafo.

En el año 2010, con ocasión del Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ – 116 (VI PLENO), la Corte Suprema, en torno al tema de la acusación fiscal precisan, entre otras cuestiones, el discurso de la acusación directa y su diferencia con el proceso inmediato¹⁹⁶.

Así respecto a la acusación directa, en el fundamento 8 del acuerdo, la corte precisa el siguiente discurso: “La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336°.4 NCPP. En el presente caso, el fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348° NCPP”.

Respecto al proceso inmediato, en el fundamento 9, la Corte Suprema precisa el siguiente discurso: “El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446° NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento del proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446°.1 NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia.

En el caso que el juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento

¹⁹⁶Se establece como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 8° al 23°.

y la situación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la Acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurren los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada”.

5.2. En materia civil

En materia civil, desde el 2008 hasta el 2013, se han emitido cinco precedentes contenidos en las siguientes casaciones: 1. CASACIÓN N° 1465-2007- CAJAMARCA. (22 de marzo del 2008); 2. CASACIÓN N° 2229 -2008 –LAMBAYEQUE. (23 de octubre del 2008); 3CASACIÓN N° 4664 -2010 – PUNO (18 de marzo del 2011); 4. CASACIÓN N° 2195-2011 -UCAYALI (13 de agosto del 2012); y 5. CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE (03 de enero del 2013).

5.2.1. Frente a la indeterminación de la transacción no homologada judicialmente y la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos.

CASACIÓN N° 1465-2007- CAJAMARCA. (22 de marzo del 2008). En esta casación, la indeterminación tenía lugar en torno a dos temas: 1) *La transacción no homologada judicialmente* y 2) *la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos*.

Para entender este cuadro de indeterminación en torno a estos temas, veamos ciertos hechos relevantes en el plano factico: 1) En el año 2000 en Cajamarca, se produjo un derrame de mercurio de propiedad de la minera YANACocha y al ser recogida por los pobladores, éstos se intoxicaron. La minera para dar solución decide celebrar transacciones. 2) Tiempo después una de las celebrantes (transacción) demanda en representación propia y de sus hijos, a la empresa minera, solicitando el pago de una indemnización por daños y perjuicios proveniente de la responsabilidad extracontractual. 3) En este marco la empresa deduce, entre otras, la excepción de

conclusión del proceso por transacción y la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes con relación a la pretensión de indemnización por daño ambiental 5) En segunda instancia, la decisión de la sala Civil de Cajamarca, es declarar fundada las excepciones. 6) frente a tal decisión de la Sala, la demandante plantea su recurso de casación.

El discurso del impugnante en sede casatoria, en contra de la decisión de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca estriba en lo siguiente: 1) Respecto al primer tema (La transacción no homologada judicialmente).- “Conforme al inciso 10 del artículo 446° del Código Procesal Civil, sólo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción si se llega a establecer que la misma ha puesto fin a un proceso judicial, es decir previamente ha debido existir un proceso judicial que haya terminado con transacción. Del mismo modo el artículo 453° inciso 4 del citado cuerpo procesal, requiere la existencia de procesos idénticos para poder amparar (...)”. 2) Respecto al segundo tema (La legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos.)“el artículo 82° (...) prevé la legitimación extraordinaria para las instituciones que allí se mencionan, en tanto que la legitimación ordinaria le corresponde a las personas naturales afectadas, incluso para las que no lo son directamente”.

En este marco de indeterminación la Corte Suprema decide resolver dicha indeterminación, de estos dos temas, mediante dos precedentes. El primero de ellos referidos a la transacción no homologada judicialmente, la cual fue tomada por mayoría; y el segundo respecto a la legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos, tomado por unanimidad. A continuación veamos el contenido de los referidos precedentes:

1) Respecto al primer tema (La transacción no homologada judicialmente).- *“La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre Transacción.*

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez,

se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente (voto en mayoría)”

2. Respecto al segundo tema (La legitimidad para obrar activa, en defensa de los intereses difusos.-*“La legitimación para obrar activa, en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82° del Código Procesal Civil (voton por unanimidad)”*

La motivación del primer precedente - Transacción Extrajudicial, no homologada judicialmente – por el voto de la mayoría consistía en lo siguiente: “No existe basamento lógico que sirva de obstáculo para que la transacción Extrajudicial se oponga como defensa de forma, de lo contrario se estaría desconociendo sus efectos extintivos así como su utilidad como medio eficaz para solucionar futuros litigios, además de instrumento para alcanzar la paz y armonía entre las partes” (fundamento 29 del punto V.- CONSIDERACIONES). “(...) Cuando no se acoge como Excepción la Transacción Extrajudicial, no homologada judicialmente, se está haciendo una aplicación o interpretación literal del citado 453°, inciso 4, del Código Procesal Civil, mas no así una interpretación sistemática, habida cuenta que las normas que integran el ordenamiento jurídico son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de tal modo que las unas se explican por medio de las otras. Creada una norma jurídica, ésta viene a integrar la totalidad del ordenamiento jurídico y este impone a la norma una configuración, un valor y un sentido que deben acomodarse a la unidad del mismo ordenamiento. De esta manera, la institución de la transacción no sólo está regulada por el Código Procesal Civil sino también, y sustancialmente, por el Código Civil, por lo que extraer conclusiones distintas es atentar contra la unidad de este ordenamiento jurídico, visto como un entramado de dispositivos legales” (fundamento 36 del punto V.- CONSIDERACIONES). “Por tal razón, el artículo 1302° del Código Civil es meridianamente claro (y por ende preciso), puesto que prescribe que la transacción tiene por cometido el poner fin a una controversia evitando así un pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado, resultando excesivo y formalista que se exija litigar a las partes en un fatigoso proceso judicial, para arribar finalmente a la

conclusión que el fondo de la controversia ya ha sido resuelto por las mismas, cuando bien se pudo poner fin al proceso amparando la excepción propuesta” (Fundamento 37 del punto V.- CONSIDERACIONES)”.

El voto en minoría – en torno al primer precedente - por el contrario argumentaba lo siguiente: “Nuestro Código Civil ha regulado distintos modos de extinguir las obligaciones, tales como el pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción, el mutuo disenso (.....) “(...) si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, para que el Juez se pronuncie sobre ella en la sentencia. En esta se determinará si efectivamente aquella transacción extinguió la obligación que se reclama en la demanda. De lo expuesto, puede concluirse en este extremo que, la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo puede sustentarse en la transacción judicial celebrada entre las mismas partes en el primer proceso idéntico; mientras que la transacción extrajudicial únicamente puede proponerse como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda”.

La motivación del segundo precedente - Legitimación activa en intereses difusos – tomado en unanimidad ha sido el siguiente: “(...) ni el texto anterior ni en el actual se contempla la posibilidad de que la acción pueden ser ejercida por una persona natural sino tan solo por entes que cuenten con personería jurídica”.

5.2.2. Frente a la indeterminación de la “Coposesión homogénea en la prescripción adquisitiva”.

CASACIÓN N° 2229 -2008 –LAMBAYEQUE. (23 de octubre del 2008). En esta casación, la indeterminación tenía lugar en torno a tema de la *coposesión homogénea en la prescripción adquisitiva*. Aquí se enfrentaban dos posiciones, de un lado el discurso argumentativo de la Primera Sala Civil de Lambayeque y de otro lado el discurso de la recurrente en sede casatoria.

Conforme al argumento de la Primera Sala Civil de Lambayeque, “el acto de posesión, como propietario, debe ser de manera exclusiva y con el carácter de excluyente, por lo que no puede concurrir en paralelo otro acto de posesión también como propietario del

otro peticionante, habiéndose pronunciado sobre este hecho la Corte Suprema en la Casación N° 3140 -2000, del 20 de marzo de 2001, en la cual se indicó que de acuerdo al artículo 950° del Código Civil, la propiedad inmueble se adquiere por prescripción, cuando la posesión sea exclusiva y como propietaria por parte de quien demanda la prescripción, por lo que cuando la posesión es compartida con otra persona natural o jurídica, resulta evidente que no hay una posesión exclusiva y como propietario; en consecuencia, a criterio de la Sala superior, la demanda no resulta atendible, toda vez que la codemandante no estaba ejerciendo la posesión como sucedánea de su padre sino en conjunto con él” (fundamento 9 del punto I.-INTRODUCCIÓN).

Conforme al argumento de la recurrente es sede casatoria, “al crearse un nuevo requisito legal, que implica una restricción al derecho de prescribir y transgrede el principio constitucional de no discriminación y vulnera por omisión el artículo 899° del Código Civil que confiere estatus de derecho sustantivo a la coposesión, según los comentarios de los juristas que cita y propone como interpretación correcta, que el artículo 950° del citado cuerpo sustantivo, señala que la posesión debe reunir tres caracteres: continua, pacífica y pública y que no excluye del derecho de prescribir un inmueble al coposeedor” (fundamento 2 del punto III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO).

En este marco de indeterminación la Corte Suprema decide resolver dicha indeterminación, en torno al tema en cuestión mediante el siguiente precedente: *“La correcta interpretación del artículo 950° del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación”* (apartado b. del punto VII.- FALLO: Doctrina jurisprudencial vinculante).

La corte motiva el referido precedente del siguiente modo: “nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que el resultado sería una copropiedad, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación. Por lo tanto, es evidente que la instancia revisora ha incurrido en una evidente interpretación errónea de la norma aludida, dado que de su texto ni de su interpretación se puede colegir que los coposeedores del mismo rango estén impedidos de usucapir de consuno. Reiterando, es perfectamente posible que dos o más coposeedores de un bien, teniendo el mismo

grado homogéneo (al conducirse como propietarios) puedan usucapir, lo que devendría en una copropiedad” (fundamento 62 del punto V.- CONSIDERANDOS).

5.2.3. Frente a la indeterminación en los “Procesos de familia”.

CASACIÓN N° 4664 -2010 – PUNO (18 de marzo del 2011). Conforme a las razones de la corte la indeterminación en el presente caso es que entre los diversos expedientes elevados en casación ante el Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345 -A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal y como se evidencia del análisis de las Casaciones N°ros. 5106 -2009 Lima, 1585 -2010 Lima, 5512-2009 Puno, entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, la pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el Juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

El presente caso, trata de un proceso de divorcio por causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante; por lo que resultaba necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizado para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema” (véase el punto II del sumario, p. 11 y 12).

Para esta subsanar la indeterminación advertida, en este pleno casatorio la Corte empieza por explicar a detalle principios elementales entorno al caso en cuestión. En efecto realiza las siguientes consideraciones:

1. El estado democrático y social de derechos y los procesos de familia.

“una de las características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial

protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección” (véase el punto III.1.4., p 14 y 15).

“La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio. Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el código de los Niños y Adolescentes, el código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiéndose el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y de adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referido a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros” (vease el punto III.1.5., p 15).

“Mirta Mangione Muro resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo, la intervención del Ministerio Público, en entre otros” (véase el punto III.1.6., p 16) .

(....) principio dispositivo (....) se entiende (...) al principio de iniciativa e impulso de parte (....) En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no puede ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen”(véase el punto III.1.6., p 16) .

2. El principio de socialización del proceso y los procesos de familia.

“El Juez debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo del proceso”(véase el punto III.2.8., p 17).

“(…) cuando se postula el principio de socialización del proceso se está promoviendo la igualdad material dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquel principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa”(véase el punto III.2.10., p 18).

“En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea n su curso o en la decisión final de la misma”(véase el punto III.2.10., p 18).

3. La función tuitiva del Juez en los procesos de familia.

“La naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y distintos grados, condiciona al legislador y al juez para regular y desarrollar procesos que corresponden a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos”(véase el punto III.3.12., p 19).

4. Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia.

“Por el principio de congruencia el juez debe respetar el thema decidendum propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de esta), pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron”(véase el punto III.4.13., p 20)

“El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el iter procesus” (véase el punto III.4.13., p 20).

“(…) el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada acción procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos ad eventum, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen” (véase el punto III.4.13., p 20 y 21).

(…) estos principios debe aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho, respecto de la indemnización” (véase el punto III.4.14., p 21).

“(…) no resulta lógico que al encontrarse frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda” (véase el punto III.4.15., p 21).

“(…) los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiere a niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos” (véase el punto III.4.17., p 22).

5. Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia.

“Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso” (véase el punto III.5.18., p 23).

“(...) el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente en la ley, y en ese sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternatively la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante” (véase el punto III.5.18., p 24).

“(...) en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que e la última parte dl artículo 87, modificado por el Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda”(véase el punto III.5.19., p 23)

Atendiendo a estas consideraciones la corte emite los siguientes Precedentes:

- 1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar; entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión , acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.*
- 2. En los procesos sobre divorcio – y de separación de cuerpos – por la causal de separación de hecho. El juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345 -A del código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la*

adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

3.2. De oficio, el juez de primera instancia se pronuncia sobre estos puntos, siempre que la parte interesada hay alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

3.3. En es estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado – y probado – la pretensión o alegación respectiva, o sobre la existencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

3.5. En el trámite señalado, se garantizara el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho a la defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho de instancia plural.

4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos

menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevante.

5. *El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.*
6. *La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.*

VOTO SINGULAR.

1. los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1,2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece. Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de derecho.

2. En los procesos sobre divorcio - y de separación de cuerpos - los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345 -A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.
3. El derecho reconocido en el artículo 345 -A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.
4. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que se incurrido en cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiere corresponderle.
5. Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345 -A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

5.2. 4. Frente a la indeterminación de la “Posesión precaria”.

CASACIÓN 2195-2011 -UCAYALI (13 de agosto del 2012). En esta casación, la indeterminación tenía lugar en torno al tema de la *configuración del poseedor precario y los supuestos en que proceda el desalojo por esta causal*.

Respecto a la indeterminación, la propia Corte ha precisado: (...) *nos encontramos ante una realidad con posturas divergentes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial,*

sea a nivel nacional como en el Derecho comparado. No ubicándose una definición, desde la perspectiva sustantiva, que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la Jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución”. (Fundamento 44, primer párrafo).

Sobre el particular existían posturas distintas. Así, de un lado tenemos posturas tales como: i) “(...) *el concepto de precario solamente puede corresponder a la idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario consistía en el acto por el cual una persona cedía a otra, a petición o ruego de esta, el uso y disfrute de cierto bien sin remuneración ni estipendio alguno, pero con la facultad de darle por terminado en cualquier momento*”(fundamento 44, segundo párrafo); y ii) “(...) *un contrato (...) por el cual el comodante cede a ruego del comodatario y convienen en entregar la cosa por espíritu de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverla cuando la reclame el comodante*” (fundamento 45, segundo párrafo). “(...) *disfrute gratuito de una cosa ajena, por tolerancia de su dueño*” (fundamento 46, segundo párrafo).

De otro lado se tienen posturas tales como:

i) “(...) *situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar un inmueble ajeno gratuitamente, bien por la mera liberalidad o simple tolerancia del titular de la posesión real*” (fundamento 45, segundo párrafo); ii) “(...) *todos los supuestos de ocupación, tenencia o disfrute de un inmueble sin título, ya por que no se ha tenido nunca, bien por extinción del que se tenía, o con un título ineficaz frente al propietario (...)*” (fundamento 46, segundo párrafo); iii) “(...) *no sólo la detentación por tolerancia, sino todos aquellos casos en los que el demandado no se apoya en ningún título y su posesión presenta caracteres de abusivo*” (fundamento 47, segundo párrafo) y iv) “(...) *ocupación de un inmueble ajeno sin pago de renta ni merced y sin título para ello, o cuando el que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico*” (fundamento 48, segundo párrafo).

Frente a estas posturas, la Corte toma de posesión (En mayoría 6) señalando lo siguiente: “(...) *a nivel de la doctrina comparada se cuenta, principalmente, con dos posesiones sobre lo que debemos entender por precario, por tal razón, se hace*

imperativo en sede nacional, cualquier toma de postura se haga a partir del texto normativo contenido en el artículo 911° del Código Civil, el cual que: La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido” (fundamento 52, segundo párrafo).

En este sentido precisa lo siguiente:

- Primer supuesto: “(...) cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer – dentro de los cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en el que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta”(fundamento 54, segundo párrafo).
- Segundo supuesto: “(...) el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido , sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute”(fundamento 55, segundo párrafo).

Estando a lo anterior, la Corte emite lo siguientes Precedentes (voto en mayoría 6):

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse

extinguido el mismo.

2. *Cuando se hace referencia a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandante a ejercer posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.*
3. *Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por “restitución” del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.*
4. *Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o que tenía feneció.*
5. *Se consideran como supuestos de posesión precaria los siguientes:*
 - 5.1. *Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En este caso se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilita al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, en decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la fundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.*
 - 5.2. *Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por*

imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

5.3. Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia – sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico -, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el nuevo adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.

5.5. Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo – sea de buena o mala fe – no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

5.6. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales se sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiones tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. *En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas adoptadas.*
7. *En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdicto, el accionante no podrá recurrir al desalojo para lograr la recuperación del bien.*

Voto en minoría (4):

1. *Para una correcta configuración del poseedor precario y los supuestos en que proceda el desalojo por esa causa, se debe hacer una interpretación sistemática, teleológica e histórica de las normas contenidas en el artículo 911 del Código Civil y los artículos 585, 586 y 587 del Código Procesal Civil, en el marco de un Estado constitucional de Derecho.*
2. *En este contexto, la posesión precaria tiene lugar en dos supuestos:*
 - 2.1. *Precario sin título: La ocupación sin título se configura en dos casos: a) cuando el titular del derecho entrega gratuitamente a otro la posesión de un inmueble, sea por un acto de liberalidad, amistad, parentesco o guiado por motivos humanitarios, sin exigir contraprestación para sí ni fijarse plazo para su devolución o determinarse el uso específico del bien. En tal contexto, el titular del derecho puede -a su arbitrio y en cualquier momento – requerir la restitución de la posesión a cargo del beneficiario. La “restitución” importa que el titular haya previamente “entregado”, pues ese es el presupuesto exigido por el Código Procesal Civil para configurar el derecho a solicitar el desalojo por ocupación precaria; b) cuando se ejerce en ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien. Las circunstancias “justificantes” de la posesión deben presentarse de forma clara y contundente, y ser suficientemente probadas en los actos postulatorios.*
 - 2.2. *Precario con título fenecido: Se configura en dos casos: a) La ocupación que se ejerce con título fenecido puede ser caracterizada como una “precariedad sobreviniente” en la medida que la entrega efectiva del bien por su titular se sustenta en un contrato o acto jurídico por el cual se entrega la posesión, pero éste fue dejado sin efecto o validez con posterioridad a la*

ocupación del adquirente. El fenecimiento del título no puede extenderse a cualquier acto jurídico por el sólo cumplimiento del plazo fijado para su vigencia o por configurarse causal resolutoria por incumplimiento de obligaciones a que se refiere el artículo 1429 del Código Civil, entre otros supuestos, sino que tal fenecimiento debe ser declarado por la vía judicial mediante decisión firme y definitiva, como sucede en los casos en que se hubiese amparado la demanda de nulidad de los contratos de arrendamiento, de anticresis, de usufructo, de uso, o la resolución de los mismos contratos entre otros. Tal exigencia se sustenta en la naturaleza del proceso sumarísimo, que impide que se debata la vigencia o validez del documento que autoriza la posesión; b) excepcionalmente y concordado con la doctrina nacional y extranjera, tratándose del comodato precario regulado en el artículo 1737 del Código Civil, en el caso que no se hubiera pactado el plazo para el uso del bien materia de comodato (pero si se fijó el destino), y ante el simple requerimiento judicial o extrajudicial del comodante para la restitución del bien, se entiende que el título que tenía el comodatario para poseer ha fenecido y, por consiguiente, el comodatario precario deviene en ocupante precario. También se exceptúa del requerimiento de declaración judicial previa, a la resolución extrajudicial del contrato sustentada en la cláusula resolutoria a que se refiere el artículo 1430 del Código Civil, cuando preexiste la obligación de devolver el bien, e igualmente, en el caso de la resolución de un contrato de compraventa.

- 3. No procede alegarse ni discutirse en el proceso de desalojo por ocupación precaria el mejor derecho de propiedad, la resolución de un contrato, la prescripción adquisitiva de dominio, la accesión industrial, el despojo violento o clandestino u otros supuestos análogos, toda vez que el proceso de desalojo es uno de carácter sumarísimo donde se requiere la tutela urgente y tiene limitaciones en la actividad y debate probatorio, por lo que tales hipótesis deben hacerse valer en la vía procesal que correspondiera; aún más si en el caso del despojo violento o clandestino nuestro sistema jurídico prevé la tutela a través del interdicto de reobrar, cuya vía procesal también es sumarísima, además de las medidas cautelares más eficaces que nuestro sistema procesal regula.*
- 4. Una vez prescrito el plazo para promover la acción interdictal, el interesado no podrá optar por recurrir al proceso de desalojo por ocupación precaria para lograr la restitución de la posesión, sino que debe recurrir a la vía del proceso*

de conocimiento para efecto de determinar su derecho, tal como lo dispone el artículo 601 del Código Procesal Civil.

5. *Tampoco es procedente alegar y discutir en el proceso de desalojo por precario la validez del título que invoca el poseedor si éste consta por documento de fecha cierta que pueda justificar, de modo razonable, la posesión; en consecuencia, la demanda de desalojo por ocupación precaria deberá ser declarada fundada si el documento que opone el demandado no es de fecha cierta.*
6. *El Juez al calificar la demanda y, en todo caso, al sanear el proceso, declarará la improcedencia de la misma si advierte inequívocamente los supuestos referidos en los numerales precedentes 3 y 4.*
7. *Tratándose de un bien inmueble arrendado que ha sido transferido a un nuevo propietario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1708 del Código Civil.*
8. *El vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento no convierte al arrendatario en precario pues si bien no se contempla en nuestra legislación civil la renovación tácita del contrato también lo es que la ley prevé la continuación del arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones hasta que el arrendador solicite su devolución la cual puede pedir en cualquier momento acorde a lo estipulado por el artículo 1700 del Código Civil facultando la Ley al arrendador a exigir la devolución del bien y a cobrar la penalidad convenida o en su defecto una prestación igual a la renta del periodo precedente hasta su devolución de conformidad lo establecido por el artículo 1704 del Código acotado no importando el cobro de los mismos la continuación del arrendamiento cuando el plazo de este ha vencido o se ha cursado el aviso de conclusión del arrendamiento.*

5.2.5. Frente a la indeterminación de “Impugnación de acuerdos de una Asociación Civil”.

CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE (03 de enero del 2013). Con la presente casación, se pretendió dilucidar la indeterminación en torno a la *“Impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa”*. En torno a esta cuestión existía dos posiciones: 1) la que se resuelve en virtud de las normas generales relativas a las causales de ineficacia del negocio jurídico reguladas en el Libro

II de Código Civil y 2) la que se resuelve en virtud del artículo 92 del Código Civil.

Precedentes:

1. La impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma.
2. El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos de Asociación Civil, regulado en el artículo 92 del Código Civil de 1984 es en la vía abreviada y de competencia de un Juez Civil.
3. Se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo asociativo, tal como lo señala el artículo 92 del Código Civil, el Asociado que asistió a la toma de acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los Asociados no concurrentes, los Asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, así como el Asociado expulsado por el acuerdo impugnatorio.
4. Los legitimados antes precisados no pueden interponer indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos, sustentados en el Libro II del Código Civil u otras normas, fuera del plazo previsto en el artículo 92 del citado cuerpo normativo; sólo y únicamente puede impugnar los acuerdos de la Asociación Civil en base al citado artículo 92 que regula la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación.
5. Toda pretensión impugnatoria de acuerdos de Asociación Civil debe realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 92 del Código Civil, esto es:
 - 5.1. Hasta 60 días a partir de la fecha del acuerdo.
 - 5.2. Hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo.
6. El Juez que califica una demanda de impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados en el Libro II del Código Civil u otra norma que pretenda cuestionar la validez del acuerdo, puede adecuar ésta, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, siempre y cuando, conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 92 del Código Civil; sin embargo si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos ello no podrá realizarse de ninguna

manera, dado que se ha incurrido en manifiesta falta de interés para obrar de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 02 del artículo 427 del Código Procesal Civil, al interponerse la demanda fuera del plazo establecido en la normativa vigente, lo cual es insubsanable, correspondiendo la declaración de improcedencia de la demanda incoada.

Motivación:

“Los métodos sistemático y teleológico a partir de la metaregla de la norma especial con referencia a la pretensión de impugnación de los acuerdos de asociaciones”.

“Un caso de aplicación conjunta de los métodos sistemático por ubicación y teleológico se produce en la resolución de este caso, para lo cual también será de aplicación el principio de especialidad; toda vez que en primer lugar, existe una contraposición de las normas generales relativas a las causales de ineficacia del negocio jurídico reguladas en el Libro II de Código Civil, frente a lo establecido en el artículo 92 de la norma anotada, referida a la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación, que constituye una norma especial. Sin embargo, más allá de este argumento estrictamente Kelseniano según las reglas que establecen la validez parcial de una norma en la relación general a particular, es de suma importancia referirnos a los valores que se encuentran insertos en dichas normas, que son la justicia y la seguridad jurídica que irradian a todo ordenamiento jurídico”(fundamento 342, p 72).

(...) este Pleno Casatorio Civil considera que es de aplicación en todos los casos en donde se promueva una pretensión de impugnación de acuerdos de asociación, el artículo 92 del Código Civil en observancia de los métodos sistemático y teleológico, aplicando para ello el principio de especialidad de la norma (fundamento 250, p 75).

2.6. HIPÓTESIS.

2.6.1. General.

- *“El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto; definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”.*

2.6.2. Específicas.

- *“La razón fundamental que justifica la legitimidad del precedente es, uniformizar el discurso jurídico aplicable a un caso concreto”.*
- *“La indeterminación del derecho se advierte, cuando, es imposible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso en concreto; debido a defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo”.*

“EL PRECEDENTE FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO”

CAPITULO III METODO

CONTENIDO: 1. TIPO Y NIVEL 1.1. Tipo. 1.2. Nivel. 2. MÉTODO Y DISEÑO. 2.1. Método. 2.2. Diseño. 3. POBLACIÓN Y MUESTRA. 3.1. Población. 3.2. Muestra. 4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS. 4.1. Técnicas. 4.2. Instrumentos.

4.1. TIPO Y NIVEL.

4.1.1. Tipo.

Básica o pura.

4.1.2. Nivel

No experimental.

4.2. MÉTODO Y DISEÑO

4.2.1. Método.

En el presente trabajo de investigación se utilizará los métodos propios de la ciencia jurídica, como la hermenéutica y la argumentación; no obstante será una constante la utilización de técnicas como la descripción y el análisis.

4.2.2. Diseño.

El presente trabajo de investigación, tendrá dos etapas bien definidas. La primera etapa, consistirá en una actividad eminentemente descriptiva de los contenidos circunscritos a las variables presentes en el tema de la investigación; con el objetivo de estructurar y desarrollar el marco teórico, el cual ha de servir de base para el desarrollo de la segunda etapa de la investigación. La segunda etapa consistirá, en una actividad eminentemente analítica, en cual tendrá lugar a partir del marco teórico, con el objetivo de validar y contrastar nuestras hipótesis de investigación.

El uso de los métodos – interpretativo y argumentativo – tendrán lugar fundamentalmente en la segunda etapa de la investigación. En efecto para analizar el contenido relevante - marco teórico - en el campo del derecho es imprescindible el uso del método interpretativo y el argumentativo; el cual ha sido desarrollado por la doctrina. El método interpretativo, consiste en una actividad de análisis del contenido legislativo, constituido por las disposiciones normativas constitucionales y legales. El método argumentativo, consiste en una actividad de búsqueda de razones para validar una posición jurídica. Estas razones deberán sustentarse y apoyarse no solo en contenidos normativo o legislativo, sino en opiniones o posturas doctrinarias y las posiciones asumidas en la labor jurisdiccional.

Estos métodos son utilizados en la labor jurisdiccional para la solución de los casos; en la labor fiscal o del abogado litigante para sus respectivos planteamientos de defensa; también en la labor doctrinaria para el desarrollo de la ciencia de derecho. En el presente caso lo utilizaremos para el cumplimiento de nuestros objetivos, que no es sino la resolución de los problemas planteados en la presente investigación.

4.3. POBLACIÓN Y MUESTRA.

4.3.1. Población

Precedentes del Tribunal Constitucional.

Precedentes del Poder Judicial.

4.3.2. Muestra.

39 precedentes del Tribunal Constitucional, emitido durante los años 2004 -2009.

8 plenos jurisdiccionales de la Corte Suprema del Poder Judicial en materia penal, emitidos durante los años 2005 - 2014.

5 Plenos Casatorios de la Corte Suprema del Poder Judicial en materia Civil, emitidos durante los años 2007 – 2014.

4.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

4.4.1. Técnicas

Descripción de documentos

Análisis de documentos.

4.4.2. Instrumentos.

Guía o modelo de descripción de documentos.

Guía o modelo de análisis de documentos.

“EL PRECEDENTE FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO”

CAPÍTULO IV PRESENTEACIÓN DE RESULTADOS

CONTENIDO: 1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL. 1.1. La hipótesis general. 1.2. De la primera hipótesis específica. 1.2.1. Las variables relevantes. 1.2.2. Contrastación. 1.3. De la segunda hipótesis específica. 1.3.1. Las variables relevantes. 1.3.2. Contrastación. 2. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS. 2.1. Relación de las variables en la hipótesis general

1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

1.1. La hipótesis general.

El Título del presente trabajo de investigación (Tesis): *“El precedente frente a la indeterminación del derecho”*, sugiere responder la interrogante *¿En qué medida el Precedente resulta eficaz, frente a la indeterminación del derecho?*. Tal cuestión implica en principio, responder cuando menos dos interrogantes específicas: 1) *¿De qué manera el precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto?* y 2) *¿Cuándo se advierte la indeterminación del derecho?*. De este modo, llegar a responder la primera interrogante constituye el objetivo general o principal de la presente investigación, al cual se puede llegar si primero se responde a las dos interrogantes específicas que vienen hacer los objetivos específicos.

Los objetivos específicos – implica a su vez, el desarrollo doctrinario, legal y jurisprudencial de dos variables involucradas: 1) El precedente y 2) La indeterminación del derecho. Tales variables se ha desarrollado, no sin antes desarrollar en principio, el marco filosófico – jurídico, relevante en la actualidad, como lo es el Positivismo, el No positivismo y el Neoconstitucionalismo. Todo esto constituye el marco teórico sobre el

cual se sustentará las interrogantes específicas y sobre el análisis de estas la interrogante principal.

En este marco, respecto a la interrogante principal o general se tiene la siguiente hipótesis o respuesta general:

“El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto”.

A esta hipótesis se llega a partir de dos premisas, las cuales no son sino, las dos hipótesis o respuestas específicas a las interrogantes también específicas:

- 1) *“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”.*
- 2) *“La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo”*

Como es de apreciar, del contenido de la hipótesis general, se advierte las dos variables principales: 1) *El precedente* y 2) *La Indeterminación del Derecho*. La primera variable se presenta como la variable independiente y la segunda como la variable dependiente. La relación entre ambas es de solución – problema; en donde el precedente es la solución y la indeterminación del Derecho es el problema. También es de apreciar que la primera hipótesis específica, se ha formulado en función a la variable *Precedente* y la segunda hipótesis específica se ha formulado en función a la variable *Indeterminación del Derecho*.

De todo esto, en términos lógicos, las hipótesis específicas (H1 e H2) se presentan como las premisas y la hipótesis general (HG) se presenta como el resultado de la relación de ambas premisas. En efecto tenemos lo siguiente:

- **primera premisa:** *“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al*

caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo” (H1).

- **Segunda premisa:** *“La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo” (H2).*

Resultado: *“El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto”.*

Ahora bien, es de precisar que la validez del resultado del razonamiento lógico en cuestión, precisa la validación de las premisas, que en el caso, resultan ser las hipótesis específicas; además precisa de la relación necesaria entre ambas premisas; de otro modo el resultado perdería su validez formal. Siendo que las premisas expuestas, están contenidas en las hipótesis específicas, su validez depende de la contratación de aquellas. En efecto en adelante será menester contrastar las hipótesis específicas.

1.2. De la primera hipótesis específica.

La primera interrogante o problema específico planteado es *¿De qué manera el precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto?* La respuesta o hipótesis frente a este problema planteado, constituye la primera premisa, para sustentar nuestra hipótesis o respuesta general, cuya validez implica primero que la premisa en cuestión sea válida.

En efecto, como hipótesis o respuesta específica se tiene:

“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”.

La validez de esta premisa se obtiene a partir de razones que se desprenden de la variable precedente, el cual ha sido desarrollado en extenso en el marco teórico. No obstante antes de identificar las razones por las cuales la premisa en cuestión resulta

vaída, es menester en principio analizar los elementos o variables presenten en la hipótesis o premisa en cuestión; para tal efecto será necesario, si fuere el caso acudir a las bases filosóficas de nuestro marco teórico.

1.2.1. Las variables relevantes.

En efecto en esta hipótesis se puede advertir dos variables relevantes que necesitan ser explicadas: 1) *Uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto* y 2) *Definición el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*. La primera variable se presenta como la finalidad y la segunda variable como el modo de llegar a esa finalidad; de modo que la relación entre ambas es de *finalidad – medio*. Dicho de otro modo, podemos entender que *definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo se uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto*. En este marco, es necesario, determinar que entendemos por una y otra variable.

En torno la primera variable - “*Uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto*” - importa entender en principio, dos sub – variables que se desprenden de la variable en cuestión: 1) *Caso concreto* y 2) *Discurso jurídico*. Por “*caso concreto*”, me refiero a un hecho identificado y que resulta relevante jurídicamente; en tanto que por “*Discurso jurídico*” se hace alusión fundamentalmente a la identificación e interpretación que se hace del contenido del derecho y que resulta aplicable al caso concreto para los efectos de una decisión jurisdiccional. De este modo, entiendo por “*Uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto*” a la uniformidad en la identificación e interpretación del contenido del derecho que resulta aplicable a un hecho identificado y relevante jurídicamente.

Precisando un poco, lo expuesto, por *hecho identificado* entiendo a un hecho no en abstracto, sino un hecho plenamente conocido. Explicando y a manera de ejemplo, en el Derecho Procesal Penal, en específico en la investigación del delito, la denuncia o el hecho denunciado constituye un caso hipotético, es un caso aún no identificado, es necesario para tal efecto una investigación, que para el caso nuestro es menester de una investigación preliminar y preparatoria, luego una etapa intermedia que funciona como un filtro, y finalmente un contradictorio en torno al hecho en el juicio oral; todo este

proceso es necesario para advertir que estamos frente a un caso concreto. Un caso concreto es entonces un hecho ya identificado, que importa para una decisión jurisdiccional, pues un Juez no podrá tomar una decisión jurisdiccional de fondo si no se tiene como premisa un hecho identificado.

Pero además de un hecho identificado se requiere que éste tenga *relevancia jurídica*. Siguiendo con el caso de Derecho Penal, pero ahora sustantivo, estaremos frente a un hecho identificado y relevante penalmente, cuando el hecho identificado cumpla con las reglas de punibilidad o de responsabilidad penal según el diseño de las reglas penales, que en nuestro caso, se encuentra en los dispositivos normativos contenidos en la parte general. Si el hecho no pasa estos filtros, sencillamente estamos frente a un hecho identificado pero irrelevante penalmente, lo que no significa que no sea relevante para el derecho en general, pues podría ser relevante por ejemplo para el Derecho Civil, Administrativo, etc.

Ahora bien, *la relevancia jurídica* de un hecho, desde un punto de vista del positivismo jurídico metodológico, en el sentido de la tesis de la neutralidad – *inspirado en la teoría pura del derecho* – estaría dotada sólo por las normas jurídicas creadas por la autoridad competente, esto es - hablando de sistemas jurídicos – por normas intrasistemáticas y no por normas extrasistemáticas, que exigen cuestiones valorativas en función a la moral, valores etc.; es decir que desde este punto de vista positivista, estaremos frente a un hecho relevante siempre y cuando tal hecho constituye un supuesto en la estructura de una norma jurídica ya creada; todos los demás hechos, jurídicamente, serían irrelevantes. Contrariamente desde un punto de vista no positivista, un hecho relevante no sólo lo es por estar contenido en el supuesto de una norma jurídica creada, sino porque en el convergen razones extrasistemáticas, que conllevan a una relación del derecho con la moral.

Aquí tomo mi posesión más por un desarrollo no positivista, sin embargo preciso que el hecho de ir más allá del positivismo entendido en los términos antes referido, tiene sus límites a mi juicio en el contenido constitucional y en su interpretación por el órgano legitimado para ello. Con esto, no estoy descartando la postura positivista en torno a la relevancia jurídica de un caso, sino más bien, quiero decir que tal postura no es suficiente, o por lo menos está limitada por su concepción del derecho. Así cuando nos

referimos al contenido del derecho penal, la relevancia de los hechos identificados se rige por el principio de legalidad, es decir que el hecho tendrá que cumplir con los filtros legales para hablar de relevancia en términos penales; aquí la postura del positivismo resulta clara, pero este principio de legalidad, no es una regla de juego en otros campos del derecho, ejemplo particular, en el campo del Derecho Constitucional, donde la judicatura específicamente el Tribunal Constitucional ha creado nuevos derechos, frente a nuevos hechos, respecto a los cuales existían lagunas normativas.

Ahora bien, siguiendo con las precisiones, por “*Discurso jurídico*”, decíamos que se hace alusión fundamentalmente a la identificación e interpretación que se hace del contenido del derecho y que resulta aplicable al caso concreto para los efectos de una decisión jurisdiccional. En este sentido para establecer o desarrollar un discurso jurídico aplicable a un determinado caso, es necesario identificar el contenido relevante del derecho e interpretar debidamente el mismo, todo ello, dentro de los parámetros establecidos en un Estado Constitucional de Derecho, entendido desde la óptica del Neoconstitucionalismo.

Con otras palabras, entiendo por Discurso Jurídico, como el derecho aplicable a un caso en concreto, el cual implica identificar el contenido del derecho que resulta relevante al caso en concreto y también haber interpretado debidamente dicho contenido del derecho. En la práctica jurisdiccional, pensemos en la fase donde el Juez debe emitir su sentencia. En efecto, frente al Juez se tendrá un hecho que ha sido el objeto de conocimiento durante todo el proceso, en el caso penal incluso en principio ha sido objeto de investigación. Conocido el caso y pasando por el filtro de la prueba, se tiene a un caso concreto; luego el juez tendrá que resolver el caso jurídicamente. Para tal cuestión será menester que identifique el contenido del derecho que será relevante para resolver el caso concreto e interpretar debidamente el contenido del derecho relevante. Identificado el contenido del derecho e interpretado el mismo, el juez crea su discurso jurídico aplicable al caso concreto. De modo que en todo discurso jurídico, se debe advertir el contenido del derecho que el juez ha determinado o ha delimitado y la interpretación que ha obtenido. Entonces se tiene que todo Juez, debe crear su discurso jurídico para dar solución a un caso en concreto.

Entendido así por *Uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto*, se

debe entender como la aplicación del derecho de manera uniforme, por el jurisdiccional, frente a un mismo caso o frente a un caso similar que no admitiría discurso distinto; lo cual es posible cuando la identificación del contenido del derecho relevante y la interpretación del referido contenido, es uniforme en todos los operadores jurisdiccionales. Aquí estamos en el escenario donde un mismo o similar caso concreto es de conocimiento por más de un jurisdiccional y todos ellos, identifican de manera uniforme el contenido del derecho relevante y la interpretación del mismo; como consecuencia la decisión jurisdiccional es también uniforme. Cuando este escenario no es posible, es necesario uniformizar el discurso jurídico, a efectos de garantizar la igualdad en la tutela jurisdiccional. La uniformidad del discurso jurídico, explicado de este modo, es pues un ideal en la labor jurisdiccional.

Respecto a la segunda variable, cabe preguntarse ¿Qué entiendo o a que me refiero por *Definición del contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*. Tal respuesta importa, importa analizar dos sub - variables 1) *La definición del contenido del Derecho relevante*, y 2) *La definición de la debida interpretación del Derecho relevante*. La primera implica haber identificado de manera definitiva el contenido del derecho aplicable al caso en concreto; esto es haber identificado definitivamente el derecho relevante. La segunda implica haber obtenido la interpretación definitiva del contenido del derecho aplicable al caso concreto, esto es la interpretación definitiva del derecho relevante.

En torno a la primera sub variable - *La definición del contenido del Derecho relevante* – cabe precisar que el derecho relevante es el derecho aplicable a un caso concreto, por lo que implica una labor de identificación. La identificación del derecho relevante es posible del estudio y análisis de las fuentes del derecho y el parámetro es el caso concreto. En efecto, identificado el hecho, el conocedor del derecho identifica el contenido del derecho relevante. Obviamente el identificador necesariamente tendrá que conocer el contenido del derecho, esto es la fuente del Derecho, tarea que por más años que vivamos, los abogados sabemos que no es posible del todo. Esto no significa que la tarea de identificar el derecho relevante sea una cuestión imposible. Cuando se está frente a un hecho no complejo, un conocedor promedio del derecho, sabe identificar cuando un caso es penal, civil, constitucional etc; sino lo sabe, dado que hay un orden en el diseño del derecho, en poco tiempo podrá hacerlo. Así si se trata de un hecho

relevante constitucionalmente, penal o civilmente, corresponderá identificar el contenido del derecho de cada área. En la identificación relevante del contenido del derecho, es innegable el aporte de la codificación de la fuente normativa, pues ha ordenado sistemáticamente las instituciones jurídicas, de modo tal que ha facilitado el proceso mental del jurisdiccional destinado a la identificación del contenido relevante del derecho aplicable al caso concreto. Sin embargo la codificación, como una muestra del derecho positivo, no contienen todas las soluciones jurídicas, las lagunas del derecho son una clara muestra de ello.

Ahora bien, en la labor jurisdiccional, la actividad de identificar el derecho aplicable al caso concreto, o el derecho relevante, es una actividad indispensable para la decisión jurisdiccional. Esta labor de identificar el contenido derecho relevante, en casos complejos, exige mayor profundidad en el conocimiento de las fuentes del derecho. El problema que se puede presentar y que de hecho se advierte en la praxis jurisdiccional es que frente a casos iguales o similares, no existe uniformidad en la identificación en el contenido del derecho relevante; vale decir que frente a casos iguales o similares, los jueces identifican contenidos distintos aplicables a tales casos. Frente a este problema, el Precedente surge como el instrumento con el cual frente a las diversas identificaciones del contenido del derecho relevante que puede haber en la actividad jurisdiccional, deberá definir a una de ellas, la que será la única aplicable al caso concreto.

Respecto a la segunda sub – variable - *La definición de la debida interpretación del Derecho relevante* - es de entender que la debida interpretación del Derecho, es la calificación del intérprete como la correcta o más idónea, entre las más de una que puede tener lugar frente a un determinado caso, lo cual implica una justificación. Aquí se tiene el caso concreto y se tiene identificado el contenido del derecho relevante; pero respecto al contenido del derecho hay más de un sentido interpretativo. Al haber más de un sentido interpretativo, del contenido del derecho, el intérprete – hablemos del Juez – deberá escoger un sentido interpretativo y justificar desde luego, porque es el correcto o más idóneo.

Ahora bien, aquí también se presenta otro problema. En la labor jurisdiccional, se puede advertir que frente a un mismo o similar caso, existan interpretaciones distintas y/o

contradictorias respecto a un mismo contenido del derecho relevante. Dicho en otras palabras, frente a un mismo contenido del derecho relevante los jueces obtienen interpretaciones distintas y/o contradictorias. Frente a este problema el precedente deberá definir la debida interpretación del contenido del derecho relevante; vale decir definir la debida interpretación del contenido del derecho aplicable al caso concreto.

1.2.2. Contrastación.

Definidas y explicadas las variables contenidas en la primera hipótesis específicas, corresponde ahora validar o contrastar la hipótesis en cuestión. Esto se realizará a la luz del marco teórico de la presente investigación, fundamentalmente del desarrollo de la variable Precedente, en virtud de la cual se ha planteado la hipótesis en cuestión.

En efecto la hipótesis objeto de contrastación es la siguiente:

“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”.

Como ya se ha expuesto, en esta hipótesis podemos ver dos indicadores respecto al precedente. El Primero que el Precedente *uniformiza el discurso aplicable al caso concreto*, este indicador constituye la finalidad del precedente, la cual legitima la emisión y el uso del mismo. El segundo indicador es que el precedente cumple su finalidad – uniformizar el discurso jurídico aplicable al caso concreto - *definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*; tal indicador constituye el medio del precedente para cumplir con su finalidad.

Respecto a la finalidad del precedente, esto es que *Precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto* se puede sustentar, o es contrastable con el desarrollo del Precedente en el Common Law. En efecto DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, explicaba que el propósito del Precedente en el Common Law era *crear criterios interpretativos que sirvan para resolver casos futuros*. Por su parte NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, sostenía que el sistema del precedente se podía traducir como *respetar lo*

decidido y no cuestionar puntos ya resueltos. Asimismo precisa como razones del Precedente a los siguientes:

1. Igualdad, en el sentido que los justiciables tendrán igual trato por los tribunales;
2. Previsibilidad, en el sentido que el justiciable sabrá a qué atenerse en el futuro;
3. Economía, en el sentido que al aplicarse los criterios ya sentados en los casos previos, se ganará tiempo y energía en resolver la causa y
4. Respeto, en cuanto a los aciertos y sabiduría de los jueces anteriores.

De todas estas razones, nuestra hipótesis es contrastable, fundamentalmente, con la primera de las razones expuestas por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS: *Igualdad, en el sentido que los justiciables tendrán igual trato por los tribunales;* pues tal razón se puede entender perfectamente como *uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto* en el modo en que se ha entendido líneas atrás. Pero también es contrastable con las demás razones – Previsibilidad, economía y respeto – sin embargo es de advertir que son razones que se desprenden siempre de la primera de las razones, pues de no tener lugar aquella, no es posible éstas. En otras palabras, al no haber igualdad, tampoco existiría la previsibilidad, la economía o el respeto; incluso cualquier otra razón que se pueda desprender de la igualdad.

También se puede contratar con el desarrollo teórico del precedente por el Tribunal Constitucional peruano. En efecto respecto a la naturaleza del precedente vinculante, el Tribunal lo concibe como una connotación binaria: 1) Herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia y 2) Poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Dentro de estas dos connotaciones, la primera de ellas - *Herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia* - se presenta a mi juicio como una de las razones justificantes de la legitimidad del precedente, y es contrastable con nuestra hipótesis; pues no cabría duda que tal connotación se está refiriendo a la *uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto*, tal y como lo hemos entendido. Así es de advertir que la segunda connotación depende de la primera, en la medida que el poder normativo facultado al Tribunal, no podría justificarse sin la

primera connotación. Dicho en otras palabras, el Tribunal no tendría dicha facultad, sino fuera justificada por la necesidad en la *ordenación y coherencia de la jurisprudencia*.

En el mismo desarrollo del Tribunal Constitucional, cuando se refiere al tema de los *Presupuestos para el establecimiento del precedente vinculante* – precisa en que momento o situación se debe establecer un precedente vinculante. Para tal efecto establece los siguientes presupuestos: 1) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios; 2) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; 3) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo; 4) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas y 5) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

De estos presupuestos, se puede advertir que la razón justificante de la legitimidad del Precedente es lo que se ha propuesto en nuestra hipótesis: *uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto*. Así en el primer presupuesto lo que se espera con el precedente es la uniformidad en las concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica. En el segundo supuesto lo que se espera es la correcta interpretación de una norma del bloque de constitucionalidad. En el tercer supuesto lo que se espera es llenar el vacío normativo existente. En el cuarto supuesto, lo que se espera es la uniforme interpretación de una norma. Finalmente en el quinto supuesto, lo que se espera con el Precedente, es adecuar el contenido del derecho a los nuevos tiempos. En todos ellos lo que se busca es la uniformidad en la interpretación del derecho y en el contenido del mismo; esto es, en la uniformidad del discurso jurídico.

Ahora bien, respecto al medio del Precedente para cumplir con su finalidad; esto es *Definición del contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo* es compatible con el desarrollo del tema referido a la *Justificación para la emisión del Precedente*; es decir los presupuestos o situaciones que se tiene que presentar, para

emitir el precedente.

En efecto, si tenemos en cuenta los presupuestos básicos para emitir los precedentes en la clásica tradición del Common Law, la Corte Suprema, podía emitir un precedente cuando: 1) exista diferentes concepciones o interpretaciones, 2) exista la necesidad de llenar un vacío legislativo y 3) anular un precedente anterior. Esto significa que la Corte Suprema, mediante el precedente debía definir la debida interpretación, llenar un vacío legislativo y cambiar de contenido del derecho relevante. Todo esto no es sino definir el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del derecho tal y como se ha entendido líneas atrás.

Asimismo si tenemos en cuenta los presupuestos diseñados por el Tribunal Constitucional, para emitir un precedente vinculante en la sentencia N° 0024-2003-AI/TC; el Tribunal emitiría un precedente cuando: 1) existan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos, 2) cuando exista una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, 3) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo; 4) existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas y 5) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante. Esto significa que el tribunal al emitir un precedente, en el orden de los supuestos, deberá definir una sola concepción o interpretación, definir la correcta interpretación, llenar vacíos legislativos, interpretar una norma no interpretada, y delimitar un nuevo contenido del derecho relevante. Todo esto se resume en una labor destinada a definir el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del derecho tal y como se ha entendido líneas atrás. Pero respecto al tema del medio para cumplir la finalidad del precedente, no solo se contrasta con diseños teóricos, sino también con la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Poder Judicial, quienes mediante sus precedentes han definido el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación, a efectos de resolver los casos sometidos a su conocimiento. En efecto veamos algunos ejemplos, a partir de los precedentes recogidos en el presente trabajo.

De los precedentes del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, recogidos en éste trabajo, hemos podido ver que en todos los casos el Tribunal Constitucional y el Poder

Judicial mediante el Precedente han definido el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo. Como ejemplos de defectos en el contenido del Derecho, podemos citar a las siguientes sentencias: 1) STC N° 1417 -2005 – PA; 2) Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO y 3) CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE. Como ejemplos de defectos en la interpretación del derecho, podemos citar a las siguientes sentencias 1) STC N° 5854 – 2005 –PA; 2) Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ – 116, y 3) CASACIÓN N° 2229 -2008 –LAMBAYEQUE.

En el caso contenido en la STC N° 1417 -2005 – PA, el Tribunal estableció reglas, mediante el cual delimitó la procedencia del amparo, para las pretensiones sobre el derecho a la pensión. En el caso contenido en el Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO JURISDICCIONAL, las salas penales de la Corte Suprema, definió criterios interpretativos para salvar la deficiente técnica legislativa en los artículos 46 A y 46 B del Código Penal, referidos a los supuestos de reincidencia y habitualidad. En el caso contenido en la CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE (03 de enero del 2013); las Salas Civiles de la Corte Suprema determinó cuál de los contenidos del derecho es el relevante para dar solución al caso concreto (los contenidos del derecho en este caso eran: 1) Las normas generales relativas a las causales de ineficacia del negocio jurídico reguladas en el Libro II de Código Civil y 2) el artículo 92 del Código Civil). En el caso contenido en la STC N° 5854 – 2005 –PA (Caso Pedro Lizana Puelles – procedencia del amparo contra resolución del JNE) el Tribunal Constitucional determinó la debida interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución. En el caso contenido en Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ – 116, las Salas Penales de la Corte Suprema, determinó la debida interpretación del artículo 84° del Código Penal que regula la *suspensión de la prescripción de la acción penal*. En el caso contenido en CASACIÓN N° 2229 -2008 –LAMBAYEQUE. (23 de octubre del 2008), la Salas Civiles de la Corte Suprema determina la correcta o debida interpretación del artículo 950° del Código Civil.

De los casos, en cuestión se puede advertir que en los tres primeros el Tribunal Constitucional, han definido el contenido del derecho relevante y en los tres restantes han definido la debida interpretación del derecho aplicable al caso concreto. Tales definiciones son finales o definitivos por tratarse de órganos de cierre, o de máxima instancia, dentro de la estructura jurisdiccional.

1.3. De la segunda hipótesis específica

La segunda interrogante o problema específico planteado es *¿Cuándo se advierte la indeterminación del derecho?* La respuesta o hipótesis frente a este problema planteado, constituye la segunda premisa, para sustentar nuestra hipótesis o respuesta general, cuya validez implica primero que la premisa en cuestión sea válida.

En efecto, como hipótesis o respuesta específica se tiene:

“La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo”.

La validez de esta premisa se obtiene a partir de razones que se desprenden de la variable Indeterminación del Derecho, el cual ha sido desarrollado en extenso en el marco teórico. No obstante antes de identificar las razones por las cuales la premisa en cuestión resulta válida, es menester en principio analizar los elementos o variables presenten en la hipótesis o premisa en cuestión; para tal efecto será necesario, si fuere el caso acudir a las bases filosóficas de nuestro marco teórico.

1.3.1. Las variables relevantes.

En la segunda hipótesis advertimos dos variables relevantes: 1) *La imposibilidad del discurso jurídico frente a un caso concreto* y 2) *defectos en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo*. La primera variable se presenta como la situación configurante de la variable Indeterminación del Derecho. La segunda variable se presenta como la causa de la indeterminación del derecho.

La imposibilidad del discurso jurídico frente a un caso concreto, que es la primera variable, hay que entenderlo como la situación que se presenta en la labor jurisdiccional, en donde frente a un caso concreto, existe discordancia en el discurso jurídico aplicable a tal caso concreto. Esto no merece mayor explicación puesto que con ocasión de la

primera hipótesis específica, se ha precisado que se entiende por caso concreto y que se entiende por discurso jurídico aplicable al caso concreto.

Los *defectos en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo*, que es la segunda variable, hay que entenderlo con la causa de la imposibilidad en la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, estos es las causa de la Indeterminación del Derecho. Su explicación importa determinar que entiendo por *defectos presentes en el contenido del derecho* y también que entiendo por *defectos en la interpretación del contenido del derecho*. Para tal cuestión, importa en principio, precisar que se entiende por “*contenido del derecho*” y luego que se entiende por *interpretación del contenido de derecho relevante o interpretación del derecho*.

En efecto, por *contenido del derecho*, entiendo o me estoy refiriendo a todas las fuentes del Derecho, las cuales en un Estado Constitucional, están diseñadas en la Constitución. Así el contenido del derecho, tal y como ya se ha desarrollado en el marco teórico, al tratar el tema “*El Precedente en el sistema de fuentes*” (punto 5 de la variable Precedente), hace alusión a las fuentes del derecho, las cuales se desprenden del sistema de fuentes del derecho diseñada por la Constitución. En este sentido el contenido del Derecho depende del diseño de fuentes de la Constitución, en nuestro caso el Tribunal Constitucional, en sus sentencia 00047-2004 –AI, desarrolla el tema referido al sistema de fuentes. Explica que la Constitución es la fuente de fuentes y también fuente del derecho. La Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de normas; es fuente de fuentes, en la medida que es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal; y como fuente de derecho la Constitución constituye el fundamento de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa. Las fuentes de derecho reguladas por la Constitución y advertidas por el Tribunal en la sentencia referida, son: 1) fuentes normativas o formas normativas, 2) jurisprudencia, 3) la costumbre, 4) los principios generales del derecho, 5) el contrato y 6) la doctrina. Dentro de las fuentes normativas se encuentran: a) fuentes normativas con rango de ley y b) fuentes normativas distinta a la ley. Las fuentes normativas con rango de ley son: la ley, las resoluciones legislativas, los tratados, el reglamento del congreso, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y las ordenanzas

municipales. Las fuentes normativas con rango distinto a la ley lo constituyen los reglamentos. Sobre esta base, es de advertir no una fuente exclusiva del derecho, como por ejemplo la fuente normativa, creada por el Constituyente y el legislador; sino un sistema de fuentes donde también participa el juez, el jurista y en general los integrantes de la sociedad. También advierto que los límites del contenido del Derecho, no están delimitado de manera definitiva, de modo que no es posible en términos absolutos decir que es y que no es derecho.

Por *Interpretación del Derecho*, tal y como se ha desarrollado el tema por GARCÍA FIGUEROA, RICARDO GUASTNI, MORESO Y VILAJONASA (punto 6 de la variable Indeterminación del Derecho), es la atribución de un significado a un texto normativo. Conforme a la explicación de MORESO Y VILAJONASA, la atribución de un significado a un texto normativo, tendría lugar cuando se determina los significativos de los textos, produciendo un enunciado interpretativo verdadero; o adjudicando un significado a un texto normativo, dando como resultado un enunciado no proposicional, carente de valores de verdad. Sobre esto, entiendo que se determina el significado de un texto, cuando en su contenido no haya problemas tales como ambigüedad, vaguedad o textura abierta y se adjudicará un significado a un texto normativo, cuando existen tales problemas. Es de precisar que por texto normativo, no solo hay que entender a los textos normativos, elaborados por un legislador, es decir a la fuente normativa, sino también a todas las fuentes diseñadas por el Constituyente en un sistema jurídico determinado, como por ejemplo la jurisprudencia, el precedente, etc. En este entendido, cuando se hace alusión al texto normativo, hay que entenderlo como el contenido del derecho o como la fuente del derecho. En este marco para sintonizar con la presente investigación, entiendo por *interpretación del Derecho* a la atribución de un significado al contenido del Derecho.

En este marco, entiendo por *defectos en el contenido del derecho*, a los problemas advertidos por el jurisdiccional en la fuente misma del derecho; en tanto que entiendo por *defectos en la interpretación del contenido del derecho*, a los problemas advertidos por el jurisdiccional no en la fuente misma del derecho sino en la atribución o adjudicación de significado de la fuente del derecho. Es de apreciar que entre el uno y otro en realidad no existe una línea divisoria clara, pues es posible tener un problema de interpretación debido a un problema en la fuente del derecho; sin embargo también

puede darse el caso que el problema no exista en la fuente misma, sino sólo en la interpretación, como puede darse el caso que frente a un mismo contenido o fuente del derecho, se tenga diferentes atribuciones o adjudicaciones de significado. De este modo, tratar de delimitar el uno del otro, no es una cuestión que importe; pero si determinar que los defectos en el contenido mismo del derecho y en la interpretación, daría lugar a la imposibilidad en la uniformidad de discurso jurídico y por tanto en la decisión Jurisdiccional.

1.3.2. Contrastación.

Definidas y explicadas las variables contenidas en la segunda hipótesis específica, corresponde ahora validar o contrastar la hipótesis en cuestión. Esto se realizará a la luz del marco teórico de la presente investigación, fundamentalmente del desarrollo de la variable Indeterminación del Derecho, en virtud de la cual se ha planteado la hipótesis en cuestión.

En efecto la hipótesis objeto de contrastación es la siguiente:

“La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo”.

Conforme a la hipótesis, la Indeterminación del Derecho, se advierte cuando *no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto*. Tal aseveración es contrastable con el desarrollo teórico, descrito en nuestro marco teórico. Como ya se ha determinado por *uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto*, se entiende a la uniformidad en la labor jurisdiccional, en la identificación e interpretación del derecho relevante o derecho aplicable al caso concreto. Cuando tal uniformidad no es posible entonces advertimos que estamos frente a la Indeterminación del derecho. En efecto ANGELES RODENAS, hace referencia por Indeterminación una característica del Derecho; JOSEP M. VILAJONASA, por su parte entiende que La

indeterminación del Derecho es un problema en la labor jurisdiccional a la hora de identificar la norma concreta y aplicarlo al caso sometido a su conocimiento.

Teorías en torno a la concepción del Derecho, como es el caso de la Teoría Tridimensional del derecho (sostenida por MIGUEL REALE y FERNANDEZ SESSAREGO) del algún modo, advierten la Indeterminación del derecho, al entender que desde la óptica de ésta teoría, la decisión jurisdiccional se vuelve compleja, pues en la identificación del contenido del derecho y en la interpretación del mismo, importará además de un derecho positivo – entendido como el componente normativo – otros componentes como el fáctico (hechos) y el axiológico (valores). De este modo, es de entender que el derecho no viene determinado, por la autoridad, como lo es el legislador, sino que se tendrá que identificar e interpretar para aplicarlo a un caso concreto; para tal efecto haya que tener en cuenta además del aspecto normativo, otros aspectos como el fáctico y el axiológico.

Desde el diseño de nuestro Derecho, podemos advertir la característica de la Indeterminación del derecho. En efecto, conforme a tal diseño, hemos podido advertir que el derecho no solo se configura con la sola labor del Constituyente y del Legislador, es decir que el derecho no viene determinado por las normas contenidas en la Constitución y la Ley; se necesita además de otros configuradores, como es el caso del Juez que complementa las labores del Constituyente y del Legislador; prueba de ello es la existencia como fuente de Derecho la Jurisprudencia y los precedentes. Ni siquiera con la labor del Juez se termina la configuración del derecho, pues también puede ser configurado por la labor del doctrinario, y la propia labor de los ciudadanos, a través de sus costumbres. De allí la existencia de contenidos normativos como el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en la cual se regula que “En defecto de las normas el juez podrá recurrir a la doctrina”; o el artículo 139 de la Constitución que regula que caso de vacío o deficiencia de la Ley “deben aplicarse el derecho consuetudinario”.

Respecto a la tutela jurisdiccional, en su desarrollo, se precisaba que uno de sus contenidos esenciales es la decisión jurisdiccional. Para los efectos de la decisión jurisdiccional será menester identificar e interpretar el contenido relevante. En este marco, se ha hecho referencia a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales,

en donde se ha advertido que sus contenidos, sustantivos son, como en el caso particular de los derechos fundamentales de contenido social, general y abstracto, por lo cual implicará mayor carga argumentativa en la identificación e interpretación de contenidos; razones que dan fundamento a la existencia de tribunales de cierre legitimados para ser los máximos intérpretes y los que definas en muchos casos los contenidos relevantes, incluso en contenidos procesales. Esto muestra con claridad la característica del Derecho como una cuestión indeterminada. Tal indeterminación como ya se ha subrayado también se presente en el contenido ordinario o legislativo, pero en menor medida dado a que a nivel legislativo los contenidos están más precisados o específicos, pero no por ello determinado si se tiene en cuenta que el componente legislativo no es la única fuente en el sistema de fuentes.

El caso de la Laguna del Derecho, esto es la ausencia de una norma general frente a un determinado caso, autores que defienden posturas que se pueden considerar positivistas, como ATRIA y BULYGIN, advierten su existencia. Con independencia de sus cuestionamientos o discusiones en torno a la discreción frente a las lagunas de derecho, el hecho de advertir la existencia de las lagunas, ya es un indicativo una vez más de que el derecho no viene determinado, al estilo de una postura KELSENIANA.

Respecto al desarrollo en torno a la Interpretación del Derecho, ALFONSO J. GARCIA FIGUEROA entiende que la interpretación jurídica hace referencia a la atribución de significado a un enunciado jurídico; precisando que el tránsito desde una disposición jurídica genérica hacia una norma concreta en forma de sentencia se realiza de una manera racional, esto es fundamentada, razonada, motivada. Por su parte RICARDO GUSTINI entiende por interpretación jurídica a la atribución de sentido o significado a un texto normativo; dentro de éste entendido, dentro de varias situaciones que se puede presentar, advierte que es posible que se obtenga una norma, aun cuando no se cuente con una norma expresa; a esto se le puede llamar a las normas implícitas o inexpresa. En ambas forma de entender el tema de la Interpretación, se puede advertir la existencia de una situación de indeterminación del derecho. En efecto, al sostener que la norma producto de la interpretación pasa por un tamiz de la motivación, implica que el contenido del derecho, no se aplica directamente por el Juez; y el hecho de obtener normas, que no se desprenda de norma expresas; implica también que el contenido del derecho entendido sólo como fuente normativa, no determina el derecho que se aplica al

caso concreto.

Cuando se ha desarrollado el tema de los Principio y Reglas; GASCÓN ABELLÁN, M y GARCÍA FIGUEROA han explicado que los principios han sido considerados un elemento que revela vinculación del Derecho a la Moral; con lo cual un concepto positivista del derecho sería inviable. Luego también respecto al contenido de los principios, los autores advierten que conforme a JERZY WROBLEWSKI, existen principios extrasistemáticos, es decir no positivadas ni implícitas. Por su parte ROBER ALEXY identifica aspectos fundamentales de los principios tales como, su gradualidad, optimización, deber ser ideal, y el carácter prima face, aspectos que lo diferencian de las reglas. La Gradualidad aspecto que diferencia a las reglas, pues los principios se cumplen en la mayor medida posible dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas; no sucediendo ello con las reglas que pueden ser cumplidas o no; la optimización como exigencia de los principios, en relación a la concurrencia con otras normas del sistema; el deber ser ideal, que marca el horizonte de la mayor media posible; y el carácter prima face, en la medida que los principios no son mandatos definitivos, su virtualidad depende dentro de los límites fácticos y jurídicos. Siguiendo con el tema, MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, en su propuesta para diferenciar a las reglas, refieren el enfoque estructural. Conforme a este enfoque las normas en general, tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; dentro de este marco, en las reglas el supuesto de hecho y la consecuencia está determinada o cerrada; en cambio en los principios el supuesto de hecho no está determinado. Estos desarrollos en torno al principio, dan cuenta que el derecho no vive determinado y que implica actividad interpretativa, para determinar el contenido relevante aplicable a un caso concreto; incluso en torno a las reglas, existe discusión sobre su indeterminación.

Hasta aquí, hemos visto que en los diferentes temas tratados, la indeterminación del derecho se puede advertir. Tal advertencia, no significa que todo el derecho este en situación de indeterminación, pues tal situación solo se da cuando exista la imposibilidad de la uniformidad del discurso aplicable a un caso concreto; es decir cuando no exista uniformidad en la identificación en interpretación del contenido del derecho. De este modo, podemos decir que la determinación del derecho es lo que se quiere y de hecho hay contenidos identificados e interpretados de manera uniforme; pero también los hay indeterminados.

Ahora bien siguiendo con la contrastación de la hipótesis en cuestión, conforme a la misma, *“La Indeterminación del Derecho se debe a defectos presentes en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo”*. Tal aseveración también se puede contrastar con el desarrollo doctrinario y con la praxis jurisprudencial.

En doctrina, cuando se ha desarrollado el tema de la Indeterminación del Derecho, se ha podido ver que se han referido en mayor medida a las causas antes que a su definición. En efecto, las causas, de la indeterminación, como bien lo hemos podido advertir de la explicación doctrinaria de RODENAS y VILAJONASA – en el desarrollo del primer punto sobre la variable Indeterminación del derecho - se encuentra tanto en el contenido del derecho, como en la interpretación del mismo. Así para RODENAS la indeterminación del derecho tendría lugar debido a: i) indeterminación a defectos lógicos: lagunas y antinomias; ii) indeterminación lingüística de las normas: ambigüedad y vaguedad; iii) conceptos jurídicos indeterminados; e iv) indeterminación debido a problemas de coherencia normativa o congruencia. De esto, determinamos que las causas contenidas en los puntos “i y ii”, serían problemas en mayor medida en el contenido del derecho, en tanto que los puntos “iii” y “iv”, serían problemas, en mayor medida de interpretación. Para VILAJONASA, la indeterminación del derecho tiene lugar debido a: i) problemas de interpretación; ii) problema de subdeterminación: Lagunas y iii) Problemas de sobredeterminación. De esto, determinamos que el contenido en los puntos “ii” y “iii” sería un problema, en mayor medida, en el contenido del derecho, en tanto que el punto “i” es un problema de interpretación del derecho.

En este marco, la Indeterminación del Derecho, aparece como un problema para la Decisión Jurisdiccional, debido a problemas en la identificación e interpretación del derecho. En el contexto de lo desarrollado, el problema de la identificación del derecho, se debe a cuestiones relacionadas con el contenido del derecho, tales como ambigüedad, vaguedad, antinomias, lagunas, etc; en tanto que el problema de la interpretación, se debe a los distintos criterios para resolver el problema existente en función a un mismo contenido del derecho. Una vez más es de advertir que no es una cuestión fundamental delinear o determinar si estamos frente a un problema de contenido o frente a un problema de interpretación, porque tanto el contenido como la interpretación en realidad son dos caras de una misma moneda y en los casos podemos estar en uno y otro

problema a la vez.

De los precedentes del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, recogidos en éste trabajo, hemos podido ver que en todos los casos se ha presentado, la situación de la imposibilidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto debido a defectos ya sea en el contenido del derecho o en la interpretación de mismo. En adelante veamos los mismos ejemplos que sirvieron para validar la primera hipótesis específicas: 1) STC N° 1417 -2005 – PA; 2) Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO y 3) CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE. Como ejemplos de defectos en la interpretación del derecho, podemos citar a las siguientes sentencias 1) STC N° 5854 – 2005 –PA; 2) Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ – 116, y 3) CASACIÓN N° 2229 -2008 – LAMBAYEQUE.

En el caso contenido en la STC N° 1417 -2005 – PA, se presentaba un problema en el contenido del derecho en torno a la protección constitucional del Derecho a la Pensión; pues no había un contenido normativo que determine cuando el justiciable puede pedir tutela jurisdiccional constitucional y cuando debe pedir una tutela ordinaria respecto al Derecho a la Pensión; éste problema de contenido causaba una indeterminación en el derecho, en el sentido que hasta antes del precedente, contenido en esta sentencia, no era posible advertir una discurso uniforme aplicable al caso concreto de la Pensión. Es por este motivo que el Tribunal ha tenido que establecer reglas, que delimitan la procedencia de las pretensiones sobre el derecho a la pensión; delimitando los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones que merecen protección a través del amparo.

En el caso contenido en el Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO JURISDICCIONAL, las salas penales de la Corte Suprema, habían advertido una deficiente técnica legislativa en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46 A y 46 B del Código Penal, en torno a la determinación de la pena; es decir que existía un problema en el contenido del derecho lo cual daba lugar a diversas y contradictorias interpretaciones del contenido legislativo para la individualización de la pena; dicho en otras palabras no existía uniformidad en la individualización de la pena frente a casos similares. Esto motivó que la Corte Suprema recurra a criterios interpretativos para salvar la deficiente técnica legislativa.

En el caso contenido en la CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE (03 de enero del 2013); se advertía un problema en el contenido del derecho en torno a la *“Impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa”*. El problema era que en torno a esta cuestión existía dos contenidos que los regulaban: 1) Las normas generales relativas a las causales de ineficacia del negocio jurídico reguladas en el Libro II de Código Civil y 2) el artículo 92 del Código Civil. Aquí se puede ver con claridad un problema en la identificación del contenido del derecho aplicable a un caso concreto: *Impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa*. Esto ha generado, decisiones distintas dependiendo del contenido del derecho que cada jurisdiccional identificaba como relevante para dar solución al caso; pues frente a este problema de contenido, no era posible tener un discurso jurídico uniforme aplicable al mismo caso concreto. Esto motivó a que las Salas Civiles de la Corte Suprema determine cuál de los contenidos es el relevante para dar solución al caso concreto.

En el caso contenido en la STC N° 5854 – 2005 –PA (Caso Pedro Lizana Puelles – procedencia del amparo contra resolución del JNE) se presentaba un problema en la interpretación del contenido del derecho. En efecto el contenido del derecho relevante a la presente causa eran los artículos 142° y 181° de la Constitución. El caso concreto era determinar si en virtud de estos artículos las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones era pasible de control Constitucional. En la solución del caso planteado, no se advertiría una interpretación uniforme; pues conforme a un tipo de interpretación de los artículos en cuestión, se tenía que una resolución del JNE, en absoluto, se encontraba exenta de control constitucional a través del amparo; sin embargo otro tipo existiría una interpretación distinta. Frente a esto en el fundamento 35 de la sentencia el Tribunal determinó lo siguiente: *“(…) toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente”*.

En el caso contenido en Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ – 116, se advertía un problema en la interpretación en el contenido del derecho. En efecto el contenido del derecho era el artículo 84° del Código Penal que regula la *suspensión de la prescripción de la acción penal*, regulado en los siguientes términos: “*Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido*”. El caso planteado o concreto, era determinar si a la luz de este contenido del derecho, operaría la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional – procesos sumarios - en resoluciones que ponen fin a la instancia. Era un problema de interpretación pues frente a un mismo contenido normativo, los resultados interpretativos eran distintos. Esto motivo para que las Salas Penales de la Corte Suprema, diera una debida interpretación, siendo ésta aquella en virtud de la cual, operaría la prescripción en el caso planteado.

En el caso contenido en CASACIÓN N° 2229 -2008 –LAMBAYEQUE. (23 de octubre del 2008), también se advierte un problema de interpretación. En efecto el contenido del derecho identificado como relevante era el artículo 95 del Código Civil. El caso concreto era determinar si en virtud de este contenido normativo, era posible que pueda operar la prescripción adquisitiva, para el coposeedor. Para una posición no lo era posible sin embargo para otra sí; esto generaba falta de uniformidad en la interpretación del contenido del derecho aplicable al caso concreto. Frente a esta situación la Corte Suprema decide resolver dicha indeterminación, en torno al tema en cuestión mediante el siguiente precedente: “*La correcta interpretación del artículo 950° del Código Civil debe hacerse en el sentido que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ver amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación*” (apartado b. del punto VII.- FALLO: Doctrina jurisprudencial vinculante).

2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

Aquí volvemos con la cuestión principal que es la validación de la Hipótesis general, formulada en los siguientes términos:

“El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la

medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto; definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”.

Ateniendo a las hipótesis específicas, precisamos que en términos lógicos, será posible determinar que el precedente resulta eficaz frente a la indeterminación del Derecho, si resulta válido el siguiente razonamiento lógico:

- **primera premisa:** *“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”.*
- **Segunda premisa:** *“La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico, debido a defectos presentes en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo”.*
- **Resultado:** *El Precedente resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho*

También precisamos que la validez en este razonamiento lógico precisa la validación de las premisas, que en el caso resultan ser las hipótesis específicas. Además precisa de la relación necesaria entre ambas premisas; de otro modo el resultado perdería su validez formal. En efecto tal y como ya se ha visto en las líneas atrás, las hipótesis específicas han sido validadas al ser compatibles o contrastadas con el desarrollo doctrinario, jurisprudencial y en la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial; sin embargo queda todavía por determinar la relación entre las premisas.

Como ya se ha observado, la primera premisa constituye la primera de las hipótesis específicas, la cual ha sido formulada en función a la primera variable: *Precedente*. La segunda premisa constituye la segunda de las hipótesis específicas, la cual ha sido formulada en función a la segunda variable: *Indeterminación del Derecho*. Estando a ello veamos de qué manera se relacionan las variables y las hipótesis formuladas en función de dichas variables.

2.1. Relación de las variables en la hipótesis general.

Como ya se ha puntualizado, en la hipótesis general, están presentes dos variables: 1) *El precedente* y 2) *La indeterminación del Derecho*. La primera variable se presenta como

la independiente y la segunda como dependiente.

Teniendo en cuenta las hipótesis específicas respecto a la variable *Precedente* tenemos: dos indicadores: 1) Uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, 2) Define el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo; respecto a la variable *Indeterminación del Derecho* Tenemos también dos indicadores: 1) Se advierte cuando no es posible uniformizar el discurso jurídico aplicable al caso concreto y 2) Se debe a defectos en el contenido del derecho relevante y/o en la interpretación del mismo.

En este marco veamos la relación de las variables en función a los indicadores de las variables. Empecemos con el primer indicador de las variables. Respecto al *Precedente*, el indicador es que “*Uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto*”; respecto a la *Indeterminación del Derecho* el indicador es que “*Se advierte cuando no es posible uniformizar el discurso jurídico aplicable al caso concreto*”. Atendiendo a estos indicadores el razonamiento lógico es el siguiente:

- **Primera premisa:** El precedente “*Uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto*”.
- **Segunda premisa:** La indeterminación del Derecho “*Se advierte cuando no es posible uniformizar el discurso jurídico aplicable al caso concreto*”.
- **Resultado:** El precedente *resulta eficaz frente a* la Indeterminación del Derecho.

Con este razonamiento lógico advertiremos que el *Precedente* resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho; sin embargo no advertimos todavía en qué medida resulta eficaz, para tal caso es necesario determinar la relación del segundo indicador de las variables en cuestión. En efecto respecto al *Precedente* el indicador es que “*Define el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*”; respecto a la *Indeterminación del derecho* el indicador es “*Se debe a defectos en el contenido del derecho relevante y/o en la interpretación del mismo*”. Atendiendo a los indicadores el razonamiento lógico sería el siguiente:

- **Primera premisa:** El Precedente “*Define el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*”

- **Segunda premisa:** La indeterminación del Derecho “*Se debe a defectos en el contenido del derecho relevante y/o en la interpretación del mismo*”.
- **Resultado:** El precedente *resulta eficaz frente a* la Indeterminación del Derecho.

Aquí, no solamente advertimos que el Precedente resulta eficaz frente a la indeterminación del Derecho, sino que además, entendiendo el indicador del Precedente, podemos decir que la eficacia en términos jurisdiccionales, con la salvedad del caso, sería absoluta. Esto es así en la medida que con el precedente se define un discurso jurídico aplicable a un caso concreto y como sabemos, con las precisiones advertidas en el marco teórico, ello será vinculante para todos los demás operadores del derecho. En otras palabras, el precedente al “*Definir el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*” elimina, los defectos identificados en el contenido o en la interpretación del derecho.

“EL PRECEDENTE FRENTE A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO”

CAPÍTULO V DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CONTENIDO: 1. DISCUSIÓN. 1.1. Premisa en virtud del cual se cuestiona las hipótesis. 1.2. Invalidez de la premisa en virtud del cual se cuestiona las hipótesis.

1. DISCUSIÓN.

1.1. Premisa en virtud del cual se cuestiona las hipótesis.

La hipótesis general se ha planteado en los siguientes términos:

“El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto.

La primera hipótesis específica se ha planteado, en función de la variable precedente, en los siguientes términos:

“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”.

La segunda hipótesis específica se ha planteado, en función a la variable Indeterminación del Derecho, en los siguientes términos:

“La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo”

El cuestionamiento a las hipótesis, estaría fundada en la siguientes Premisa: *“El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado, el cual carecen de fisuras”*. Esta premisa, pueden ser sustentadas, desde la perspectiva del *Positismo jurídico teórico*, conforme al cual, el Derecho carece de fisuras y es capaz de dar solución a todos los problemas que se plantean. Se basa en dos ideas: a) niega los problemas de lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad; b) el juez solo se limita a pronunciar las palabras de la ley (interpretación formalista). La segunda idea de esta perspectiva positivista, se corresponde con la *tesis de la neutralidad* de la perspectiva del *positivismo jurídico metodológico o como enfoque metodológico*, conforme a la cual se debe describir el derecho si introducir valoraciones morales, ideológicas, etc. Incluso se corresponde con la perspectiva del *El positivismo jurídico ideológico*, conforme al cual se debe obedecer el Derecho por el mero hecho de ser Derecho.

En este marco, conforme a esta premisa, según la cual, *“El juez, no crea derecho, sólo*

aplica el derecho ya creado, el cual carecen de fisuras”; la implicancia o cuestionamiento principal sería el siguiente: *El precedente, en tanto labor jurisdiccional (Juez), no tendría legitimidad para uniformizar el discurso jurídico aplicable a un caso concreto*. Éste es el resultado de dos cuestionamientos específicos: 1) *Mediante el Precedente no se podría definir el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*, y 2) *La indeterminación del derecho no tendría lugar, debido a que en el derecho no podría existir defectos en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo*. En adelante analicemos estos cuestionamientos en relación a las premisas que la sustentan.

1.2. Invalidez de la premisa en virtud del cual se cuestiona las hipótesis.

Como ya se ha identificado, el cuestionamiento a las hipótesis, estaría fundada en la siguientes Premisa: *“El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado, el cual carecen de fisuras”*. Esta premisa de ser válida, invalidaría la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación. De este modo, a efectos de mantener la validez de nuestras hipótesis será menester invalidar la premisa en cuestión.

La premisa *“El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado, el cual puede ser sustentada, como ya lo advertimos, desde la perspectiva del Positivismo jurídico teórico, conforme al cual, el Derecho carece de fisuras y es capaz de dar solución a todos los problemas que se plantean. Se basa en dos ideas: a) niega los problemas de lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad; b) el juez solo se limita a pronunciar las palabras de la ley (interpretación formalista). La segunda idea de esta perspectiva positivista, se corresponde con la tesis de la neutralidad de la perspectiva del positivismo jurídico metodológico o como enfoque metodológico, conforme a la cual se debe describir el derecho si introducir valoraciones morales, ideológicas, etc. Incluso se corresponde con la perspectiva del El positivismo jurídico ideológico, conforme al cual se debe obedecer el Derecho por el mero hecho de ser Derecho.*

Como se puede ver, en el seno de las corrientes positivistas, está vigente esta premisa según el cual *“El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado”*. El solo aplicar el derecho, implica que el Derecho ya creado, no tenga defectos, ni morales ni técnicos. Entendido así, es posible advertir que en el propio seno del positivismo

jurídico haya tesis que invalidan esta premisa. Es el caso de la *tesis de la discreción* desde la perspectiva del *positivismo jurídico metodológico*. Conforme a la tesis de la discreción el Derecho es falible en dos aspectos muy importantes: técnica y moralmente. Lo primero debido a las imprecisiones terminológicas y conceptuales, de sus antinomias y lagunas entre otras cuestiones; lo segundo debido a las posibles deficiencias morales. Estas falibilidades exige el concurso de la labor argumentativa del juez, que debe intervenir para dar respuesta a las controversias jurídicas, incluso cuando el ordenamiento jurídico no aporta una solución.

De una tesis similar a juicio de JOSEP AGUILÓ REGLA se ha transitado a una nueva tesis desde el Post - positivismo; esto es, que se ha transitado del modelo de la oposición fuerte entre crear y aplicar normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas. En efecto, conforme al positivismo, la idea es la siguiente: “*Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es decir, extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea ex novo el Derecho (gobierno per leges) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno sub lege). Si quienes están llamados a aplicar el Derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean la solución*”. De esta idea se habría transitado a la siguiente idea post – positivista: “*No hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se juridifica (es sub constitutione), pues la ley no es creación ex novo, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (en definitiva, con los principios y/o derechos constitucionales). Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico (el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza) se muestra muy claramente en el cambio que supone la situación del canon interpretativo de “Interpretación de la ley conforme a la Constitución*”.

En las líneas anteriores, el positivismo descrito por JOSEP AGUILÓ REGLA, acepta

de algún modo que el juez puede crear derecho, aunque por excepción. Entendido así resulta contrario a la premisa según la cual “*El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado*”, la misma que puede sustentar desde otras tesis o corrientes positivistas. Incluso la tesis de que *el juez puede crear derecho por excepción*, conforme a lo expuesto por JOSEP AGUILÓ REGLA, sería una premisa positivista ya superada, por aquella tesis que sugiere la figura de un *juez creador en su labor jurisdiccional*.

Siguiendo con la premisa en cuestión - “*El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado*” - es de advertir que el hecho que el juez sólo aplica el derecho mas no crea derecho, implica que el producto de la labor del Juez, no constituiría fuente de derecho. Esto podía ser altamente cuestionado a partir del desarrollo jurisprudencial de Tribunal Constitucional, en torno al sistema de fuentes, en la cual se determina que la jurisprudencia, también es una fuente de derecho. En efecto el Tribunal en su sentencia 00047-2004 –AI, explica que la Constitución es la fuente de fuentes y también fuente del derecho. La Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de normas; es fuente de fuentes, en la medida que es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal; y como fuente de derecho la Constitución constituye el fundamento de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa. Las fuentes de derecho reguladas por la Constitución y advertidas por el Tribunal en la sentencia referida, son: 1) fuentes normativas o formas normativas, 2) jurisprudencia, 3) la costumbre, 4) los principios generales del derecho, 5) el contrato y 6) la doctrina. Dentro de las fuentes normativas se encuentran: a) fuentes normativas con rango de ley y b) fuentes normativas distinta a la ley. Las fuentes normativas con rango de ley son: la ley, las resoluciones legislativas, los tratados, el reglamento del congreso, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales. Las fuentes normativas con rango distinto a la ley lo constituyen los reglamentos.

Como se puede ver la premisa según la cual “*El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado*”, en la actualidad ya no puede ser sostenida válidamente y de manera uniforme, ni siquiera dentro del positivismo jurídico; tampoco es una premisa válida dentro del sistema de fuentes diseñada en nuestra Constitución, tal y como ha

sido advertida por el Tribunal Constitucional. Por lo demás en la práctica, es de verse que con la figura del Precedente, muy aplicado en la labor jurisdiccional, es imposible sostener tal premisa.

CONCLUSIONES

1. Se ha podido validar o contrastar la hipótesis general según la cual *“El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto.*
2. La validez de la hipótesis general se ha obtenido a partir de la validez de las hipótesis específicas según las cuales: 1) *“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”* y 2) *“La Indeterminación del Derecho se advierte cuando no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto, debido a defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo”.*
3. Las hipótesis específicas, se han planteado en virtud de las dos variables que se desprenden de la hipótesis general: 1) El precedente y 2) La Indeterminación del Derecho. Ambas hipótesis se han validado a partir del desarrollo doctrinario

jurisprudencial y de la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional y las salas de la Corte Suprema del Poder Judicial.

4. De la primera hipótesis específica se tiene que *“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto”*. Tal cuestión se presenta como la finalidad u objeto del Precedente; lo cual se ha podido contrastar con el desarrollo de la doctrina en torno a la finalidad u objeto del Precedente. En efecto desde la doctrina se ha precisado finalidades u objeto del precedente tales como: 1) Crear criterios interpretativos para resolver casos futuros, 2) Igualdad, en el sentido que los justiciables tendrán igual trato por los tribunales, 4) Previsibilidad, en el sentido que el justiciable sabrá a qué atenerse en el futuro, 5) Economía, en el sentido que al aplicarse los criterios ya sentados en los casos previos, se ganará tiempo y energía en resolver la causa y 6) Respeto, en cuanto a los aciertos y sabiduría de los jueces anteriores.
5. De la primera hipótesis específica se tiene que *“El precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto”*. Tal cuestión se presenta como la finalidad u objeto del Precedente; lo cual se ha podido contrastar con el desarrollo teórico del Tribunal Constitucional Peruano en torno a la finalidad u objeto del Precedente. En efecto el Tribunal connota al precedente como una *“Herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia”*; asimismo al delimitar los presupuestos para emitir un precedente se puede advertir que la finalidad es uniformizar el discurso jurídico. Tales presupuestos son: 1) Cuando se evidencia distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; 2) Cuando se evidencia que se vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; 3) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo; 4) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas y 5) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.
6. De la primera hipótesis específica se tiene que *“El precedente define el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo”*. Tal cuestión, se presenta como el medio del Precedente para uniformizar el discurso jurídico aplicable al caso concreto; lo cual se ha podido contrastar, con el desarrollo teórico en torno a los presupuestos básicos para emitir los precedentes en la

clásica tradición del Common Law, en la cual se podía emitir un precedente cuando: 1) exista diferentes concepciones o interpretaciones, 2) exista la necesidad de llenar un vacío legislativo y 3) anular un precedente anterior. En efecto, la Corte Suprema, mediante el precedente debía definir la debida interpretación, llenar un vacío legislativo y cambiar de contenido del derecho relevante. Todo esto no es sino definir el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del derecho tal y como se ha entendido líneas atrás.

7. De la primera hipótesis específica se tiene que “*El precedente define el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*”. Tal cuestión, se presenta como el medio del Precedente para uniformizar el discurso jurídico aplicable al caso concreto; lo cual se ha podido contrastar con el desarrollo teórico en torno a los presupuestos diseñados por el Tribunal Constitucional, para emitir un precedente vinculante; esto es cuando: 1) existan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos, 2) cuando exista una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, 3) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo; 4) Frente a la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas y 5) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante. En efecto el tribunal al emitir un precedente, en el orden de los supuestos, deberá definir una sola concepción o interpretación, definir la correcta interpretación, llenar vacíos legislativos, interpretar una norma no interpretada, y delimitar un nuevo contenido del derecho relevante. Todo esto, no es sino una labor destinada a definir el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del derecho tal y como se ha entendido líneas atrás.
8. De la primera hipótesis específica se tiene que “*El precedente define el contenido del derecho relevante y/o la debida interpretación del mismo*”. Tal cuestión, se presenta como el medio del Precedente para uniformizar el discurso jurídico aplicable al caso concreto; lo cual se ha podido contratar con la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Poder Judicial, quienes mediante sus precedentes han definido el contenido del derecho

relevante y/o la debida interpretación, a efectos de resolver los casos sometidos a su conocimiento. Como ejemplos de defectos en el contenido de Derecho, podemos citar los precedentes contenidos en: 1) STC N° 1417 -2005 – PA; 2) Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO y 3) CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE. Como ejemplos de defectos en la interpretación del derecho, podemos citar los precedentes contenidos en: 1) STC N° 5854 – 2005 –PA; 2) Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ – 116, y 3) CASACIÓN N° 2229 - 2008 –LAMBAYEQUE.

9. De la segunda hipótesis específica se tiene que *“no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto”*. Tal cuestión se presenta como la situación de Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el desarrollo teórico, descrito en nuestro marco teórico. En efecto se ha entendido a por Indeterminación una característica del Derecho y a un problema en la labor jurisdiccional a la hora de identificar la norma concreta y aplicarlo al caso sometido a su conocimiento.
10. De la segunda hipótesis específica se tiene que *“no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto”*. Tal cuestión se presenta como la situación de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el desarrollo teórico. En efecto, teorías en torno a la concepción del Derecho, como es el caso de la Teoría Tridimensional del derecho del algún modo, advierten la Indeterminación del derecho, al entender que desde la óptica de ésta teoría, la decisión jurisdiccional se vuelve compleja, pues en la identificación del contenido del derecho y en la interpretación del mismo, importará además de un derecho positivo – entendido como el componente normativo – otros componentes como el fáctico (hechos) y el axiológico (valores).
11. De la segunda hipótesis específica se tiene que *“no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto”*. Tal cuestión se presenta como la situación de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el diseño de nuestro Derecho. En efecto, conforme a tal diseño, hemos podido advertir que el derecho no solo se configura con la sola labor del Constituyente y del Legislador, es decir que el derecho no viene determinado, sólo por las normas contenidas en la Constitución y la Ley; se necesita además de otros

configuradores, como es el caso del Juez que complementa las labores del Constituyente y del Legislador; prueba de ello es la existencia como fuente de Derecho la Jurisprudencia y los precedentes. Ni siquiera con la labor del Juez se termina la configuración del derecho, pues también puede ser configurado por la labor del doctrinario, y la propia labor de los ciudadanos, a través de sus costumbres.

12. De la segunda hipótesis específica se tiene que “*no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto*”. Tal cuestión se presenta como la situación de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el desarrollo teórico de la tutela jurisdiccional, en torno a uno de sus contenidos esenciales: la decisión jurisdiccional. Para los efectos de la decisión jurisdiccional será menester identificar e interpretar el contenido relevante. En este marco, se ha hecho referencia a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se ha advertido que sus contenidos, sustantivos son, como en el caso particular de los derechos fundamentales de contenido social, general y abstracto, por lo cual implicará mayor carga argumentativa en la identificación e interpretación de contenidos; razones que dan fundamento a la existencia de tribunales de cierre legitimados para ser los máximos intérpretes y los que definas en muchos casos los contenidos relevantes, incluso en contenidos procesales. Esto muestra con claridad la característica del Derecho como una cuestión indeterminada. Tal indeterminación como ya se ha subrayado también se presenta en el contenido ordinario o legislativo, pero en menor medida dado a que a nivel legislativo los contenidos están más precisados o específicos, pero no por ello determinado si se tiene en cuenta que el componente legislativo no es la única fuente en el sistema de fuentes.

13. De la segunda hipótesis específica se tiene que “*no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto*”. Tal cuestión se presenta como la situación de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el desarrollo teórico, en torno a la Laguna del Derecho, esto es la ausencia de una norma general frente a un determinado caso. Posturas que se pueden considerar positivistas, advierten su existencia y con independencia de sus cuestionamientos o discusiones en torno a la discreción frente a las lagunas de

derecho, el hecho de advertir la existencia de las lagunas ya es un indicativo una vez más de que el derecho no viene determinado, al estilo de una postura KELSENIANA.

14. De la segunda hipótesis específica se tiene que *“no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto”*. Tal cuestión se presenta como la situación de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el desarrollo teórico, al desarrollo en torno a la Interpretación del Derecho. Por interpretación se ha hecho referencia a la atribución de significado a un enunciado jurídico; precisando que el tránsito desde una disposición jurídica genérica hacia una norma concreta en forma de sentencia se realiza de una manera racional, esto es fundamentada, razonada, motivada. También se ha hecho referencia a la atribución de sentido o significado a un texto normativo; dentro de éste entendido, dentro de varias situaciones que se puede presentar, es posible que se obtenga una norma, aun cuando no se cuente con una norma expresa; a esto se le ha llamado, normas implícitas o inexpresas. En ambas formas de entender el tema de la Interpretación, se puede advertir la existencia de una situación de indeterminación del derecho. En efecto, al sostener que la norma producto de la interpretación pasa por un tamiz de la motivación, implica que el contenido del derecho, no se aplica directamente por el Juez; y el hecho de obtener normas, que no se desprenda de norma expresas; implica también que el contenido del derecho entendido sólo como fuente normativa, no determina el derecho que se aplica al caso concreto.

15. De la segunda hipótesis específica se tiene que *“no es posible la uniformidad del discurso jurídico aplicable a un caso concreto”*. Tal cuestión se presenta como la situación de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el desarrollo teórico, en torno al tema de los Principios y Reglas. Se ha explicado que los principios han sido considerados un elemento que revela vinculación del Derecho a la Moral; con lo cual un concepto positivista del derecho sería inviable. Luego también respecto al contenido de los principios, se ha precisado que existen principios extrasistemáticos, es decir no positivadas ni implícitas. De otro lado se ha identificado aspectos fundamentales de los principios tales como, su gradualidad, optimización, deber ser ideal, y el carácter

prima face, aspectos que lo diferencian de las reglas. Respecto a la diferencia con la regla, desde un enfoque estructural, se ha sostenido que las normas en general tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; dentro de este marco, en las reglas el supuesto de hecho y la consecuencia está determinada o cerrada; en cambio en los principios el supuesto de hecho no está determinado. Estos desarrollos en torno al principio dan cuenta que el derecho no viene determinado y que implica actividad interpretativa, para determinar el contenido relevante aplicable a un caso concreto; incluso en torno a las reglas, existe discusión sobre su indeterminación.

16. De la segunda hipótesis específica se tiene que *“La Indeterminación del Derecho se debe a defectos presentes en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo”*. Tal cuestión se presenta como las causas de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con el desarrollo doctrinario o teórico. En efecto, en doctrina, cuando se ha desarrollado el tema de la Indeterminación del Derecho, se ha podido ver que se han referido en mayor medida a las causas antes que a su definición. Así se ha sostenido que la indeterminación del derecho tendría lugar debido a: i) indeterminación a defectos lógicos: lagunas y antinomias; ii) indeterminación lingüística de las normas: ambigüedad y vaguedad; iii) conceptos jurídicos indeterminados; e iv) indeterminación debido a problemas de coherencia normativa o congruencia. De esto, determinamos que las causas contenidas en los puntos “i y ii”, serían problemas en mayor medida en el contenido del derecho, en tanto que los puntos “iii” y “iv”, serían problemas, en mayor medida de interpretación. Se ha sostenido por otro lado que la indeterminación del derecho tiene lugar debido a: i) problemas de interpretación; ii) problema de subdeterminación: Lagunas y iii) Problemas de sobredeterminación. De esto, determinamos que el contenido en los puntos “ii” y “iii” sería un problema, en mayor medida, en el contenido del derecho, en tanto que el punto “i” es un problema de interpretación del derecho.

17. De la segunda hipótesis específica se tiene que *“La Indeterminación del Derecho se debe a defectos presentes en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo”*. Tal cuestión se presenta como las causas de la Indeterminación del Derecho; lo cual resulta contrastable con la praxis

jurisdiccional del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial al emitir sus precedentes. En efecto, de los precedentes del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, recogidos en este trabajo, hemos podido ver que en todos los casos se ha presentado, la situación de la imposibilidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto debido a defectos ya sea en el contenido del derecho o en la interpretación de mismo. Como ejemplos de defectos en el contenido del derecho podemos citar a los precedentes contenidos en: 1) STC N° 1417 -2005 – PA; 2) Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116, del IV PLENO y 3) CASACIÓN N° 3189 -2012 – LIMA NORTE. Como ejemplos de defectos en la interpretación del derecho, podemos citar a los precedentes contenidos en: 1) STC N° 5854 – 2005 –PA; 2) Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ – 116, y 3) CASACIÓN N° 2229 -2008 –LAMBAYEQUE.

RECOMENDACIÓN.

Para los efectos de comprender la explicación de la hipótesis general, es necesario partir desde una óptica no Positivista y sobre la base del neoconstitucionalismo. Desde estas posturas, se puede entender la legitimidad de los jurisdiccionales para emitir un Precedente; advertir la situación de Indeterminación del Derecho; y comprender al precedente como un instrumento de solución frente a la indeterminación del derecho. Una postura positivista, no es suficiente para dar una explicación de la hipótesis general, debido a sus limitaciones en su concepción del derecho, y en otros casos debido a la superación de algunas posturas extremas, según la cual *“El juez, no crea derecho, sólo aplica el derecho ya creado”*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. **Alberto Oehling de los Reyes** (2007). “Algunas reflexiones de la noción de la dignidad humana”. En: Pensamiento Constitucional: Escuela de Graduados – Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional – Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo editorial abril, 2007. Págs. 553.
2. **Ángeles Rodenas** (2012). “Los Intersticios del Derecho”. Capitulo I. Barcelona – España: Marcial Pons. 1º ed.
3. **Ángeles Rodenas** (2012). “Los Intersticios del Derecho”. Capitulo III. Barcelona – España: Marcial Pons. 1º ed.
4. **Carlos Bernal Pulido** (2007). “El precedente constitucional en Colombia”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007. Págs.226
5. **Carlos Fernandez Sessarego**. Derecho y Persona.
6. **Cesar Landa Arroyo** (2007). “Precedente vinculante”, En: Memoria Tribunal Constitucional. Ps 149
7. **Cesar Landa Arroyo** (2010). “los Derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal”. Perú – Palestra Editores SAC, Ps.408

8. **Carlos Mesía** (2004). "Derechos de la persona: Dogmática Constitucional". Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú. Págs. 363.
9. **Carlos Ramos Núñez** (2007). "cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento". Perú -Gaceta Jurídica S.A. 4ta Edición. Págs. 446.
10. **Domingo García Belaunde** (2009). "El Precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional)" En: <http://webcache.googleusercontent.com/search>.
11. **Eugenio Bulygin** (2005). "Creación y aplicación del derecho", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
12. **Eugenio Bulygin** (2005). "En defensa del dorado. Respuesta a Fernando Atria", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
13. **Eduardo Meier García**(2007). "Luces y sombras del precedente constitucional en Venezuela". En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007. Págs.226.
14. **Eduardo Hernando nieto** (2009). "Neoconstitucionalismo y Teoría de la argumentación: ¿son realmente proyectos convergentes?; En: Gaceta Constitucional, Guía 6, Pautas interpretar la Constitución y los derechos fundamentales, Lima, Gaceta Jurídica. 2009.
15. **Fernando Atria** (2005). "Sobre las lagunas", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
16. **Fernando Atria** (2005). "Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
17. **Fernando Atria** (2005). "Réplica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
18. **Javier Adrián Coripuna**(2007). "La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial". En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007. Págs.226.
19. **J. Aguiló Regla** (2008). "Sobre derecho y argumentación". Cap. I. España: LeonardMuntaner Editor. 1º ed.
20. **J. Aguiló Regla** (2010). "Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras"; En: Interpretación jurídica y Teoría del Derecho, Isabel Lifante Vidal (editora) Lima, Palestra, 2010.
21. **José Antonio Rivera S.**(2007). "La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante". En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007. Págs.226
22. **Juan Igartua Salaverría**(2009). "El razonamiento en las resoluciones judiciales", Lima – Bogotá, Palestra, Temis, 2009, Cap. I.
23. **José Juan Moreso** (2005). "*A brilliant disguise*: Entre fuentes y lagunas", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
24. **Jorge L. Rodríguez** (2005). "La imagen actual de las lagunas en el derecho", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
25. **Josep M. Vilajosana** (2007). "Identificación y Justificación del derecho". Madrid –España: Marcial Pons, págs. 259.
26. **Juan Ruiz Manero** (2005). "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas", En: "Lagunas en el derecho" Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
27. **Joseph Raz** (1996). "Por que interpretar?"; En Isonomía, N° 5, Mexico, ITAM, Octubre 1996.
28. **Kelsen Hans**. Teoría Pura del derecho. Págs.: 237

29. **Luiz Guilherme Marinoni** (2013). “Precedentes obligatorios”. Palestra Editores – Lima. Págs. 525.
30. **Manuel Atienza**(1991). “Tres concepciones de argumentación”; En: El derecho como argumentación, Barcelona, Ariel, 2006.
31. **Manuel Atienza**(2006). “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Cap.I.
32. **Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero** (2009). “Dejemos atrás el positivismo jurídico”; En: Para una teoría postpositivista del derecho, Lima, Palestra, 2009.
33. **Manuel Miranda Canales**. “Manualde derecho Jurisdiccional”. Ediciones jurídicas. Lima 2010.
34. **Marina Gascón Abellán y García Figueroa**(2003). “La motivación. Conceptos fundamentales”; En: La argumentación en el Derecho, Lima, Palestra, 2003.
35. **M. Gascón Abellán y García Figueroa**(2005).“La argumentación enel derecho”, Lima: Palestra Editores.
36. **Miguel Carbonell** (2010).“El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”; En: El canon Noconstitucional, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo EDITORES, universidad Externado de Colombia, 2010.
37. **Miguel Reale**. Introducción al Derecho.
38. **Moreso JJ. y Vilajosana J. M.** (2004), “Introducción a la Teoría del Derecho”. Capítulo VI. Madrid –España: Marcial Pons, 1ra ed.
39. **Néstor Pedro Sagüés**(2007). “El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007. Págs.226.
40. **Paolo Comanducci**(2010). “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”; En: El canon Noconstitucional, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo EDITORES, universidad Externado de Colombia, 2010.
41. **Pablo E. Navarro** (2005). “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial”, En: “Lagunas en el derecho” Madrid –España: Marcial Pons, págs. 217.
42. **Pedro Grández Castro**(2007). “Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007. Págs.226.
43. **Pozzolo Susana** (2011). “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”. Capítulo I. Lima – Perú: Palestra editores.
44. **Raúl Chanamé Orbe y otro** (2009). “Manual de derecho constitucional – Derecho, elementos e instituciones constitucionales”, p. 435 - 436.
45. **Ramos Ruiz** (2007). “El método científico y sus etapas”. México. En: <http://www.aulafacil.com/cursosenviados/Metodo-Cientifico.pdf>.
46. **Ricardo Guastini** (2011). “Disposición vs norma”; En: Disposición vs norma, Susana Pozzolo y Rafael Escudero, (ed) Lima, Palestra, 2011.
47. **Ricardo Guastini** (2008). “La interpretación: objetos, conceptos, y teorías”; En: Interpretación Jurídica y decisión judicial, Rodolfo Vázquez (comp) México, Fontamara, 2008.
48. **Ricardo Guastini** (1999). “Introducción a las técnicas interpretativas”; En: Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho, Barcelona, Gedisa, 1999.
49. **Robert Alexy**(2003). “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, tercera parte.

50. **Robert Alexy**(1989).“Teoría de la argumentación jurídica”. Centro de estudios constitucionales. Págs. 346.
51. **Robert Alexy**(2008).“El concepto y a naturaleza del derecho”. Capitulo III. Madrid – España: Marcial Rubio.
52. **Roger Rodríguez Santander** (2007). “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En: Estudios al precedente constitucional. Edgar Carpio y Pedro P. Grandes Castro (coordinadores). Palestra .2007. Págs.226.

Instrumentos Jurídicos

1. **Constitución Política del Perú de 1993**: fecha de promulgación: 29-12-93, fecha de publicación: 30-12-93, vigente a partir del 31-12-93.
2. **Código Procesal Constitucional**: LEY N° 28237, Promulgado el 28-05-2004 y Publicado el 31-05-2004.
3. **Ley orgánica del Tribunal Constitucional**: LEY N° 28301
4. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS (02 de junio del 1993) - ANEXO - DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS (20 de julio de 93).

Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional

1. STC N.º 3771-2004-HC, Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón (Plazo Razonable de la prisión preventiva)
2. STC N.º 3760-2004-AA, Caso Gastón Ortiz Acha(Inhabilitación Política)
3. STC N.º 1150-2004-AA, Caso Banco de la Nación(Procesos Constitucionales entre entidades de derecho publico. Derecho de defensa)
4. STC N.º 2496-2005-HC, Caso Eva Valencia Gutiérrez (Libertad Personal. Detención Preventiva. Principio tempus regit actum)
5. STC N° 2791-2005-AA,Caso Julio SoberonMarquez(Inhabilitación Política. Acceso a los medios de comunicación del Estado. Partidos Políticos)
6. STC N.º 2302-2003-AA, Caso Inversiones Dreams S.A. (Agotamiento de la via previa en materia tributaria)
7. STC N.º 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández (Amparo Provisional. Contenido esencial del derecho a la pensión)
8. STC N° 349-2004-PA, Caso MariaContrina Aguilar (Libertad de Transito. Bien jurídico seguridad ciudadana)
9. STC N.º 1966-2005-HC, Caso César Augusto Lozano Ormeño (Responsabilidad del ente administrador)
10. STC N.º 0168-2005-PC, Caso Maximiliano Villanueva Valverde (Procedencia del proceso de cumplimiento)

11. STC N.º 2616-2004-AC Caso Amado Santillán Tuesta (Decreto Supremo N° 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N° 037-94)
12. STC N.º 3482-2005-HC, Caso Augusto Brain Delgado (Libertad de tránsito. Bien Jurídico seguridad ciudadana)
13. STC N.º 5854-2005-PA, Caso Pedro LizanaPuelles (Amparo Electoral)
14. STC N.º 2802-2005-PA, Caso Julia Benavides García(Libertad de empresa. Amparo en materia municipal)
15. STC N.º 0206-2005-PA, Caso César Baylón Flores (Procedencia de amparo electoral)
16. STC N.º 3361-2004-AA, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén (Ratificación de magistrados. Tutela procesal efectiva)
17. STC N.º 4677-2004-PA, Caso Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP (Derecho de reunión)
18. STC N.º 4227-2005-PA, Caso Royal Gaming S.A.C.(Impuesto casinos y tragamonedas)
19. STC N° 0030-2005-AI, Caso ley de la Barrera Electoral (límites a las sentencias manipulativas)
20. STC N.º 4635-2004-PA, Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala(Jornada trabajadores mineros. Jornadas atípicas)
21. STC N.º 1257-2005-HC, Caso Enrique José Benavides Morales (Plazo del proceso y de detención en relación a la conducta obstruccionista del procesado)
22. STC N.º 2877-2005-PA, Caso Luis Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional) (Ley 23098. Pensión mínima o inicial)
23. STC N.º 5189-2005-PA, Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23908. Pensión mínima o inicial)
24. STC N.º 3075-2006-PA, Caso Escuela Internacional de Gerencia High School of Management – Eiger (Medidas preventivas o cautelares en sede administrativa)
25. STC N.º 3362-2004-PA, Caso Prudencio Estrada Salvador (Derecho de rectificación)
26. STC N.º 3741-2004-AA, Caso Ramón Salazar Yarlénque (Control difuso administrativo. Precedente vinculante y doctrina jurisprudencial)
27. STC N.º 1333-2006-PA, Caso Jacobo Romero Quispe (Ratificación de magistrados – reingreso a la carrera judicial)
28. STC N.º 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos (ONP – Bono de reconocimiento)
29. STC N.º 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas (Desafiliación de las AFP's)

30. STC N.º 4853-2004-PA, Caso Dirección General de Pesquería de La Libertad (Amparo contra amparo. Recurso de Agravio Constitucional)
31. STC N.º 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino (Pensión Vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional)
32. STC N.º 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera (Pensión vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional. Decreto Ley 18846. Ley 26790)
33. STC N.º 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional (Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo)
34. STC N.º 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma (Pago de devengados e intereses)
35. STC N.º 4762-2007-AA, Caso Alejandro Tarazona Valverde (Acreditación de Aportaciones)
36. STC N.º 2513-2007-PA, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández
37. STC N.º 04650-2007-AA, Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima LTDA.” (Amparo contra amparo)
38. STC N.º 05961-2009-AA, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. (autos ausados)
39. STC N.º 03052-2009-PA, Cobro de Beneficios Sociales y Reposición

Precedentes vinculantes de la Corte Suprema en materia penal

1. Plenos jurisdiccionales en el año 2005
 - Acuerdo Plenario N.º 1 -2005/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 2 -2005/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 3 -2005/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 4 -2005/CJ-116.
2. Plenos jurisdiccionales en el año 2006
 - Acuerdo Plenario N.º 1 -2006/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 2 -2006/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 3 -2006/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 4 -2006/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 5 -2006/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 6 -2006/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 7 -2006/CJ-116.
3. Plenos jurisdiccionales en el año 2007
 - Acuerdo Plenario N.º 1 -2007/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 2 -2007/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 3 -2007/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 4 -2007/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 5 -2007/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 6 -2007/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 7 -2007/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N.º 8 -2007/CJ-116.

- Acuerdo Plenario N° 9 -2007/CJ-116.
- 4. Plenos jurisdiccionales en el año 2008
 - Acuerdo Plenario N° 1 -2008/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 2 -2008/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 3 -2008/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 5 -2008/CJ-116.
- 5. Plenos jurisdiccionales en el año 2009
 - Acuerdo Plenario N° 1 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 2 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 3 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 4 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 5 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 6 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 7 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 8 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 9 -2009/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 10 -2009/CJ-116.
- 6. Plenos jurisdiccionales en el año 2010
 - Acuerdo Plenario N° 1 -2010/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 2 -2010/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 4 -2010/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 5 -2010/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 6 -2010/CJ-116.
- 7. Plenos jurisdiccionales en el año 2011
 - Acuerdo Plenario N° 1 -2011/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 2 -2011/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 3 -2011/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 4 -2011/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 5 -2011/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 6 -2011/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 7 -2011/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 8 -2011/CJ-116.
- 8. Plenos jurisdiccionales en el año 2012
 - Acuerdo Plenario N° 1 -2012/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 2 -2012/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 3 -2012/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 1 -2012/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 2 -2012/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 3 -2012/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 4 -2012/CJ-116.
 - Acuerdo Plenario N° 5 -2012/CJ-116.

Precedentes vinculantes del la Corte Suprema en materia civil

1. Primer pleno casatorio: Casación N°2229 -2008 – Lambayeque.
2. Segundo pleno casatorio: Casación N°1465 -2007 – Cajamarca.
3. Tercer pleno casatorio: Casación N°4664 -2010 – Puno
4. Cuarto pleno casatorio: Casación N°2195 -2011 – Ucayali.
5. Quinto pleno casatorio: Casación N°3189 -2012 – Lima Norte.

Jurisprudencia del Tribunal constitucional

- 1.- STC N°0024-2003-AI/TC.
- 2.- STC N°02748-2010-HC/TC.
- 3.- STC N°01711-2014-HC/TC.

ANEXOS

Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
Problema general ¿En qué medida el precedente, resulta eficaz, frente a la indeterminación del derecho?	Objetivo general Explicar, en qué medida el precedente, resulta eficaz, frente a la indeterminación del derecho; a partir del análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario.	Hipótesis El precedente, resulta eficaz frente a la indeterminación del derecho, en la medida que uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto.	Independiente “Precedente”	Uniformiza el discurso jurídico aplicable a un caso concreto. Define el contenido del derecho relevante. Define la debida interpretación del derecho.

			Dependiente “Indeterminación del derecho”	• Se advierte cuando es imposible la uniformidad en el discurso jurídico, aplicable a un caso concreto. • Se debe a defectos en el contenido del derecho • Se debe a defectos en la interpretación del derecho.
--	--	--	---	---

Problemas específicos	Objetivo específicos	Hipótesis específicas		Indicadores
¿De qué manera el Precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto?	Determinar, la manera en que el Precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto.	El Precedente uniformiza el discurso jurídico aplicable al caso concreto, definiendo el contenido del derecho relevante y/o la interpretación del mismo.	Variable 1 Uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto.	Finalidad del precedente. Tiene como sub – variables: 1) caso concreto y 2) discurso jurídico. Aplicación del derecho de manera uniforme frente aun mismo o similar caso concreto.
			Variable 2 Definición del contenido del derecho relevante y/o la interpretación del mismo.	Medio por el cual el Precedente cumple su finalidad. Tiene como sub – variables: 1) definición del contenido del derecho relevante y 2) definición de la interpretación del contenido del derecho relevante. Delimitación definitiva del contenido del derecho relevante y/o la interpretación

				del mismo.
¿Cuándo se advierte la indeterminación del derecho?	Precisar el momento en que se advierte la indeterminación del derecho.	La indeterminación del derecho se advierte, cuando, es imposible la uniformidad del discurso jurídico aplicable al caso en concreto; debido a defectos presentes en el contenido del derecho o en la interpretación del mismo.	Variable 1 Imposibilidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto.	Situación que se presenta en la labor jurisdiccional. Frente a un caso concreto existe discordancia en el discurso jurídico aplicable al caso concreto.
			Variable 2 Defectos en el contenido del derecho relevante o en la interpretación del mismo	Causa de la imposibilidad del discurso jurídico aplicable al caso concreto. Tiene como sub-variable: 1) Defectos en el contenido del derecho y 2) Defectos en la Interpretación del derecho.