

Análisis estructural del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional

Structural analysis of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedure Code

✉ JOSÉ REYNALDO LÓPEZ VIERA¹

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis estructural del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, haciendo hincapié en las modificaciones con respecto a la norma procesal anterior y analizando sus diversos preceptos. Para tal efecto, se divide el análisis del título preliminar en cuestiones generales (alcances, fines y órganos competentes), principios procesales (de carácter general y de carácter especial); e, instituciones procesales (con naturaleza eminente constitucional).

131

Palabras clave

Nuevo Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, Procesos Constitucionales, Principios Constitucionales, Instituciones Procesales.

Abstract

In the present work a structural analysis of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedural Code is carried out, emphasizing the modifications with respect to the previous procedural norm and analyzing its various precepts. For this purpose, the analysis of the preliminary title is

¹ Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Egresado de la carrera de Ciencia Política por la misma casa de estudios. Con Maestría concluida en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Con Maestría concluida en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Castilla La Mancha- España. Con estudios de especialización en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Academia Diplomática del Perú. Estudios de Especialización en Historia Universal por la Universidad de Piura. Estudios de Posgrado en Economía y Geopolítica de Asia por la Universidad Externado de Colombia. Estudios de Especialización en Tecnología Espacial para el Desarrollo Estratégico Nacional por la Agencia Espacial del Perú (CONIDA). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Conferencista Nacional e Internacional. Autor de diversas obras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

divided into general issues (scope, purposes and competent bodies), procedural principles (of a general and special nature); and, procedural institutions (with an eminently constitutional nature).

Keywords

New Constitutional Procedure Code, Preliminary Title, Constitutional Processes, Constitutional Principles, Procedural Institutions.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DE UN TÍTULO PRELIMINAR EN UN CÓDIGO PROCESAL? III. MODIFICACIONES DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL 2004. IV. PARTES DEL TÍTULO PRELIMINAR: DIVISIÓN ESTRUCTURAL. IV.1 PRIMERA PARTE. CUESTIONES GENERALES. IV.2. SEGUNDA PARTE. LOS PRINCIPIOS PROCESALES. IV.3. TERCERA PARTE: INSTITUCIONES PROCESALES.

132

I. INTRODUCCIÓN.

El Perú en el año 2004 tuvo el primer Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) vigente y aplicable a todo un país². En efecto, este Código que tuvo una existencia de casi 17 años produjo un mayor desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial de los procesos constitucionales. En el transcurso de los años también fue objeto de varias reformas legislativas y de interpretaciones por parte del Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia que lo enriquecieron, al margen de los cuestionamientos y debates que algunas de éstas en su momento ocasionaron.

² En la República de Argentina -en la provincia de Tucumán- ya existía un Código Procesal Constitucional (Ley N° 6.944) promulgado el 02 de marzo de 1999 y publicado el 08 de marzo del mismo año, sin embargo, era una norma procesal aplicable solo a una provincia más no a todo el país rioplatense.

Teniendo en cuenta todas estas reformas hechas a la norma procesal anterior provenientes de la actividad jurisprudencial y legislativa mencionada en líneas anteriores y con varias propuestas de reformas pendientes, el Congreso de la República decidió aprobar el Proyecto de Nuevo Código Procesal Constitucional³ que presentó la Comisión de Constitución y Reglamento (Periodo de Sesiones 2020-2021) en base a los diversos proyectos de reforma presentados y basándose en propuestas, opiniones y consultas emitidas por destacados juristas que derivó en el Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307) que entró en vigencia el 24 de julio del 2021⁴.

En el presente trabajo, haremos un análisis estructural del Título Preliminar de la nueva norma procesal, haciendo hincapié sobre las modificaciones con respecto a la norma procesal anterior y analizando sus diversos preceptos.

II. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DE UN TÍTULO PRELIMINAR EN UN CÓDIGO PROCESAL?

Los títulos preliminares de los códigos desde siempre establecen la orientación, los lineamientos y directrices que complementan y coadyuvan a la interpretación y aplicación de los diversos preceptos de los respectivos códigos o leyes a los cuales pertenecen, por ello, su importancia radica en los efectos prácticos que ostentan, pues consignando diversos principios, instituciones o finalidades sirven de ayuda fundamental a los operadores jurídicos que aplican la respectiva norma y resuelven los casos en concretos.

En efecto, como dice el profesor *Espinoza* refiriéndose al Título Preliminar de nuestro Código Civil: “*El Título Preliminar del Código Civil contiene una serie de principios que todo operador jurídico necesita conocer para poder interpretar los modelos jurídicos circulantes no solo en el Código Civil sino en la generalidad de todo ordenamiento jurídico*” (2015, p. 31). (Algo perfectamente aplicable a cualquier título preliminar, incluyendo el de

³ Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 3478/2018-CR, 3754/2018-CR y 7271/2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional. Cabe recalcar que el Proyecto de Ley N° 7271/2020 –CR presentado por el congresista Carlos Mesía Ramírez, fue el proyecto que constituyó la iniciativa central del dictamen.

⁴ Para una mayor referencia y un análisis más exhaustivo del Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 3478/2018-CR, 3754/2018-CR y 7271/2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional puede consultarse: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03478DC04MAY20210518.pdf

nuestro Código Procesal Constitucional que no solo contiene principios, sino cuestiones generales e instituciones de naturaleza constitucional).

En consecuencia, el Título Preliminar de nuestro Nuevo Código Procesal Constitucional ha buscado mejorar el anterior -teniendo en cuenta la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia esbozada por nuestro Tribunal Constitucional a lo largo de todos estos años- modificando algunos postulados para lograr una mejor eficacia de nuestra norma procesal al momento de su aplicación en las diversas controversias que se plantean en sede constitucional.

III. MODIFICACIONES DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL 2004.

En principio, señalaremos que en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional se han realizado las siguientes modificaciones respecto a la norma procesal anterior:

- a) En el artículo II se ha incorporado como un tercer fin de los procesos constitucionales garantizar la vigencia del principio de fuerza normativa de la Constitución.
- b) En el artículo III sobre el principio de gratuidad en la actuación del demandante, se ha hecho una excepción: Para el caso de que se trate de procesos constitucionales incoados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales.
- c) En el artículo V se ha incorporado la institución procesal del *Amicus Curiae* y todos los requisitos que esta institución posee.
- d) En el artículo VI en lo que respecta al precedente constitucional, se ha adicionado que la creación, modificación o apartamiento de un precedente requiere el voto conforme de cinco (5) magistrados; en tanto que, en los procesos de acción popular, la Sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro (4) jueces supremos. Asimismo, precisa de forma detallada los requisitos necesarios para su procedencia.

- e) En el artículo VIII, se ha incorporado el principio *pro homine* como mecanismo rector del control de convencionalidad.
- f) En el artículo IX, se ha señalado que en caso de vacío o defecto del presente código, será de aplicación supletoria en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina procesal constitucional; y, en segundo lugar, los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines de los procesos constitucionales y solo ante la ausencia de otros criterios.
- g) Finalmente, el principio *iura novit curia* que se encontraba expresamente señalado en el artículo VIII del anterior código⁵, ha sido retirado del título preliminar de la actual norma procesal.

Luego de haber mencionado las reformas realizadas en el título preliminar del actual código respecto del anterior, nos queda claro que hay modificaciones muy que ameritan ser analizadas objetivamente. A continuación, realizaremos una cartografía del Título Preliminar analizando brevemente cada uno de sus artículos.

135

IV. PARTES DEL TÍTULO PRELIMINAR: DIVISIÓN ESTRUCTURAL.

En base al contenido de los diversos preceptos que integran el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, haremos un mapeo que nos llevará a una división del mismo en base a:

- Cuestiones generales (alcances, fines y órganos competentes),
- Principios procesales (de carácter general y de carácter especial); e,
- Instituciones procesales (con naturaleza eminente constitucional)

Esta división estructural tripartita tiene la finalidad de agrupar las distintas instituciones del Título Preliminar de forma pedagógica para un mejor estudio y comprensión.

⁵ En efecto, el anterior código en su Título Preliminar señalaba: “Artículo VIII.- Juez y derecho. 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”.

IV.1 PRIMERA PARTE. CUESTIONES GENERALES.

En este apartado analizaremos los preceptos del Título Preliminar relacionados a los alcances (Artículo I), fines (Artículo II) y órganos competentes (Artículo IV) que son inherentes a los diversos procesos constitucionales desarrollados en nuestra norma procesal.

IV.1.1. ALCANCES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

Artículo I. Alcances

El presente código regula los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3), de la Constitución.

Desde hace varios años la doctrina especializada ha reconocido que los procesos constitucionales se clasifican en función del objeto de protección de cada uno de ellos.⁶ En ese sentido, existen tres clases de procesos:

⁶ En efecto, hablar de los contenidos de la jurisdicción constitucional durante el período que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta hace algunos años, es hablar en sí de la sistematización - aceptada por unanimidad por la doctrina- enunciada por *Mauro Cappelletti* y afinada por *Fix-Zamudio*, que se basa en una concepción tripartita que se desarrolla considerando los aspectos tanto subjetivo como objetivo de la jurisdicción constitucional. Estos tres aspectos, además, se separarán sólo para efectos de estudio, pero en la práctica están estrechamente relacionados. La diferencia de estos, radica en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; pero principalmente en su pretensión. De acuerdo a ello, los contenidos de la Jurisdicción Constitucional serían, de acuerdo con *Cappelletti* y *Fix*, los siguientes: La Jurisdicción constitucional de la libertad, la Jurisdicción Constitucional Orgánica y la Jurisdicción Constitucional Comunitaria o Internacional. Desde el reconocimiento del Derecho Procesal Constitucional, los contenidos de la Jurisdicción Constitucional pasaron a convertirse en la clasificación de los procesos constitucionales, por lo que la división tripartita quedó de la siguiente manera:

- Procesos Constitucionales de la Libertad (antes: Jurisdicción Constitucional de la libertad)
- Procesos Constitucionales Orgánicos (antes: Jurisdicción Constitucional orgánica);
- Procesos Constitucionales Internacionales (antes: Jurisdicción Constitucional Internacional o Transnacional)

Para una mayor información véase: López Viera, J. R. (2016). *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Instituciones básicas y modernas*. APECC.

- a) **Procesos de tutela de derechos.** - Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales. Corresponden a este tipo de procesos: el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento.
- b) **Procesos de control normativo.** - Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de Ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de rango inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección (sistema de fuentes prescrita por nuestra Constitución Política).
- c) **Proceso de conflicto competencial.** - Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, los órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Aquí se encuentra el proceso competencial.

Finalmente, hay que recalcar la diferencia que existe entre los procesos que nacen en la Constitución en forma expresa para cautelar valores o principios constitucionales -como los mencionados arriba-, de aquellos mecanismos, de carácter incidental, que también sirven para proteger la constitucionalidad, como es el caso del control difuso establecido en el artículo 138° de la Constitución. Para lo doctrina mayoritaria la *Judicial Review* es una técnica jurídica que opera dentro de un proceso -que no necesariamente tiene que ser constitucional- en consecuencia, no podemos considerarla en sí como un proceso, sino como una técnica o institución de naturaleza constitucional, de la cual hablaremos más adelante.

IV.1.2. FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

Artículo II. Fines de los procesos constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa.

De acuerdo a lo mencionado en líneas anteriores, los procesos constitucionales ostentan una clasificación que se fundamenta en los fines esenciales que estos cumplen de manera general. En ese sentido, la doctrina había señalado básicamente dos fines: Por un lado, la defensa y eficacia de los derechos fundamentales; y, por el otro, la defensa de la jerarquía o supremacía normativa de la Constitución. De acuerdo a ello, los procesos de tutela de derechos (o de la libertad) están destinados a cumplir la primera finalidad (defensa subjetiva) y los procesos constitucionales orgánicos (de control normativo y de conflicto competencial) están destinados a cumplir la segunda finalidad (defensa objetiva).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la finalidad última de todos los procesos constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales. En efecto, se señala que: “(...) *en los procesos constitucionales se busca no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no sólo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución*”⁷.

138

Con ello, queda totalmente claro que los dos fines esbozados son para todos los procesos constitucionales sin importar si son de la libertad u orgánicos, porque al final lo que tratan en sí todos estos mecanismos es de defender a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella contiene.

En ese sentido, el nuevo Código ha determinado que ya no solo se trate de estas dos finalidades originarias, sino que además ha incorporado una tercera finalidad que está comprendida en un principio que hasta hace poco el Tribunal Constitucional había reconocido como un principio de interpretación constitucional: El principio de fuerza normativa⁸.

⁷ STC N° 266-2002-AA/TC. FJ. 5. Asimismo, Zagrebelsky, G. (2001). *¿Derecho procesal constitucional?* En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° IV. pp. 409 y 415.

⁸ Dicho principio fue incorporado con otros principios que constituyen las pautas para una correcta interpretación constitucional. En efecto, en la STC. N° 5854-2005-PA/TC, en el FJ. 12, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “*Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las*

¿Pero qué significa dicho principio? Este principio significa efectivizar la fuerza vinculante absoluta de la Constitución: “(...) *El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto*”⁹. Este principio fue importado por el Tribunal Constitucional de la doctrina alemana (Hesse, 1992, pp. 45-47) y es un mecanismo que ayuda a darle un significado a los distintos preceptos constitucionales de la mano con los métodos clásicos de interpretación¹⁰.

leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son (HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da Edición. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1992. Pp. 45-47):

- a) *El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.*
- b) *El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).*
- c) *El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.*
- d) *El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.*
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”*

⁹ STC N° 5854-2005-PA/TC. Caso: Andrés Lizana Puelles. FJ. 12

¹⁰ Se debe tener en cuenta que cuando se trata de interpretar los dispositivos constitucionales se pueden utilizar los clásicos métodos de interpretación constitucional (literal, histórico, finalista y

Ahora, el legislador ha visto por conveniente, que la fuerza normativa no solo sea un principio de interpretación constitucional, sino que se tenga como una finalidad en sí misma de todos los procesos constitucionales.

El Código Procesal Constitucional anterior no contemplaba este principio como una finalidad. Su incorporación, por tanto, es un aporte de la nueva norma procesal que consideramos positivo en la medida que se debe entender a los procesos constitucionales integralmente, porque en el fondo, como bien hemos señalado, en cualquier proceso constitucional, la finalidad última es la defensa de la Constitución y lo que ella contiene (derechos fundamentales) y esto solo se efectiviza entendiéndola como una norma vinculante “*in toto*”, es decir, que nos vincula a todos en todo.

IV.1.3. LOS ÓRGANOS COMPETENTES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

140

Artículo IV. Órganos competentes

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente código.

Como sabemos, nuestro modelo constitucional es dual o paralelo¹¹. Por ello, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional ejercen jurisdicción constitucional. Con respecto a las competencias, en los procesos constitucionales de la libertad o de tutela de derechos, estos son de conocimiento en primera y segunda instancia por parte del Poder Judicial; y,

sistemático), sin embargo, por las características de los valores y derechos que la Constitución establece, muchas veces estos resultan insuficientes para llevar a cabo la interpretación de los mismos. Es allí donde aparece la necesidad de complementarlos mediante estos principios de interpretación constitucional, que constituyen herramientas de complementación a los métodos para lograr encontrar un satisfactorio significado de los dispositivos constitucionales.

¹¹ Este modelo fue enunciado, explicado y desarrollado por nuestro distinguido constitucionalista *Domingo García Belaunde*. Este sistema existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo o Kelseniano, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y este modelo, que no es frecuente, tuvo su partida o nacimiento en la Constitución Peruana de 1979, reiterada en la vigente Carta de 1993. Actualmente este modelo se viene aplicando también en Ecuador desde 1996.

en caso de resolución denegatoria de segunda instancia, en última y definitiva instancia, serán resueltos por el Tribunal Constitucional.

En el caso de los procesos constitucionales orgánicos (de control normativo y de conflicto competencial), el proceso de inconstitucionalidad y de conflicto de competencia son de conocimiento en única y definitiva instancia por parte del Tribunal Constitucional.

Y, en el proceso de acción popular, este es de conocimiento únicamente del Poder Judicial en doble instancia (Sala Superior en primera instancia; y, en apelación o consulta, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en última y definitiva instancia).

IV.2. SEGUNDA PARTE. LOS PRINCIPIOS PROCESALES.

En este apartado, desarrollaremos los artículos del Título Preliminar donde se encuentran consignados todos los principios aplicables de manera obligatoria a los procesos constitucionales por parte de los órganos jurisdiccionales.

141

Recordemos que los principios procesales son pautas o guías que permiten a la judicatura constitucional complementar las normas procesales y darle una mayor eficacia a los procesos constitucionales para que estos logren alcanzar sus fines. En consecuencia, los principios juegan un rol esencial en el desarrollo de todos los procesos constitucionales como directrices o faros que van a orientar a los jueces y a los justiciables en caso de vacío, deficiencia o ambigüedad de los diversos preceptos de la norma procesal. Esta segunda parte, podemos dividirla en: Principios procesales de carácter general (Artículo III), Principios procesales de carácter especial (Artículo VIII y Artículo IX) y los Principios de carácter implícito (no consignados literalmente en el Título Preliminar, pero si reconocidos y desarrollados por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

IV.2.1. LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE CARÁCTER GENERAL.

Artículo III. Principios procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, economía, intermediación, socialización y el principio de gratuidad en la actuación del

demandante salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales.

El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente código.

Asimismo, 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.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

142

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente código.

Como se puede apreciar, en este artículo –al igual que en el anterior código- se han recogido la mayoría de los principios que deberán enmarcar el derrotero por los cuales los jueces deben interpretar, aplicar y desarrollar los procesos constitucionales que les toca resolver. A continuación, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional iremos desarrollándolos brevemente.

- a) Principio de dirección judicial del proceso.-** Señala el Tribunal Constitucional que: “*El principio de dirección judicial del proceso se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor*”.¹² En ese sentido, “*El principio de dirección judicial del proceso delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la*

¹² STC N.º 0005-2005-CC/TC. FJ. 4

actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta".¹³

- b) Principio de economía procesal.** - Al respecto el Tribunal Constitucional señala: *"Por lo que hace al principio de economía procesal, tenemos dicho que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes"*.¹⁴
- c) Principio de inmediación.**- Con respecto a este principio: *"La actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria"*.¹⁵ En efecto, lo que se busca es que: *"(...) el juez constitucional tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso, más exactamente que configuran el contexto real del conflicto de intereses o incertidumbres subyacentes en el proceso judicial"* (Monroy, 1996, p. 94).
- d) Principio de socialización.** - Este principio consiste en: *"El deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho. En efecto, el principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad sólo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del*

¹³ STC N° 2876-2005-HC/TC. FJ. 23

¹⁴ STC N° 4587-2004-PA/TC. FJ. 17

¹⁵ STC N° 00849-2011-PHC/TC. FJ. 6 y STC N° 1808-2003-HC/TC

*constitucionalismo social, según los cuales, ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo”.*¹⁶

- e) **Principio de gratuidad en la actuación del demandante.-** Al respecto nuestro Tribunal Constitucional señala: *“El principio constitucional de la gratuidad del servicio de justicia, prescrito en el artículo 139º, inciso 16, de la Carta Política, es una garantía normativa que supone la exoneración de toda tasa judicial o carga impositiva de algún tipo en aquellos casos que sea necesario la expedición de copias de los actuados para la formación de cuadernos incidentales, de un expediente tramitado en la vía penal, o en los que por la naturaleza del propio derecho se solicita la expedición de copias certificadas”.*¹⁷ Asimismo: *“Dicho precepto constitucional, en lo que al caso importa resaltar, contiene dos disposiciones diferentes: Por un lado, garantiza ‘El principio de la gratuidad de la administración de justicia (...) para las personas de escasos recursos’; y, por otro, consagra ‘(...) la gratuidad de la administración de justicia (...) para todos, en los casos que la ley señala’.*”¹⁸

144

En el ámbito judicial este principio se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito, más aún cuando se trata de un proceso constitucional.

Una de las modificaciones realizadas por el Título Preliminar de nuestra nueva norma procesal ha sido exceptuar la aplicación de este principio cuando se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales, algo que resulta ser válido en la medida que a diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas si cuentan con recursos económicos e ingresos para

¹⁶ STC N° 0048-2004-PI/TC. FJ. 4

¹⁷ STC N° 01812-2005-HC/TC. FJ. 2

¹⁸ STC N° 1607-2002-AA/TC. FJ. 5

poder solventar un proceso judicial. Finalmente, la gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos.

f) Principio de impulso de oficio.- Señala el Tribunal Constitucional: *“Ahora, en el caso de que se presentase una dificultad en tal identificación, el juez deberá realizar los actos necesarios a efectos de entablar válidamente la relación procesal y, así, continuar el proceso, pero de ninguna manera dispondrá su archivamiento, mucho menos por inercia de la parte demandante, pues para ello el principio de dirección del proceso e impulso de oficio obligan al juez a la continuación del proceso a través de la ejecución de todos los actos que lo conduzcan a prestar tutela jurisdiccional, máxime cuando se trata de procesos constitucionales de tutela de derechos como el amparo. Lo contrario supone una actuación judicial que lesiona el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho al debido proceso. En el primer caso, porque un tal archivamiento supone una denegatoria de acceso a la protección jurisdiccional de los derechos; y, en el segundo, porque dicho acto importa una inobservancia por parte del juez de principios procesales -como el de dirección del proceso e impulso de oficio- que garantizan al demandante un proceso justo”*.¹⁹

145

g) Principio de informalidad o elasticidad.- Según dicho principio: *“Las exigencias que impone el Código no deben, bajo ningún punto de vista ni criterio interpretativo, trastocar los fines mismos de los procesos constitucionales”*.²⁰ Este principio siempre debe aplicarse de manera excepcional y responsable por parte de los jueces constitucionales teniendo en cuenta que no pueden quedar desvinculados del derecho: *“(…) prima facie, no supone que la especial naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, autorice a este Colegiado a desvincularse de los principios procesales generales y crear ex novo reglas procesales aplicables a tal tipo de proceso, sino tan sólo preferir los principios procesales del artículo III del Título Preliminar del CPCConst., desechando la aplicación de todo criterio procesal que resulte incompatible con su finalidad. Tal es el sentido del tercer párrafo del mencionado artículo III [CPC]”*.²¹

¹⁹ STC N° 9599-2005-PA/TC. FJ. 7

²⁰ STC N° 3059-2012-PA/TC. FJ. 5

²¹ STC N° 0048-2004-PI/TC. FJ. 4

- h) Principio de favor processum o pro actione.-** Con respecto a este principio: “*Se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción*”.²²

Como podemos apreciar, los distintos principios establecidos en el presente artículo III, constituyen herramientas indispensables para el mejor desarrollo de todos los procesos constitucionales y acompañaran a los justiciables a lo largo de éstos, siendo de obligatoria aplicación para los jueces constitucionales en todo momento.

IV.2.2. PRINCIPIOS PROCESALES DE CARÁCTER ESPECIAL.

146

Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales 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 con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.

En el presente artículo, se establecen dos principios: En el primer párrafo, el Principio de interpretación conforme a la convencionalidad o simplemente principio de interpretación convencional; y, en el segundo párrafo, el Principio *pro homine* o principio más favorable a la persona como fundamento rector del control de convencionalidad. A continuación, analizaremos ambos principios.

²² STC N°. 2302–2003–AA/TC. FJ. 3

- a) **Principio de interpretación conforme a la convencionalidad o principio de interpretación convencional.**- En nuestros días, la cuestión de los Derechos Humanos no es algo que pueda quedar circunscrito a la soberanía interna de los Estados; por el contrario, puede ser considerada como patrimonio de la comunidad internacional; de ahí que su tutela haya trascendido el ámbito estrictamente estatal, siendo factible hablar de una protección transnacional de los derechos²³. Ello no es sino la resultante obligada del hecho de que los derechos humanos constituyen, un conjunto de parámetros de conducta y de evaluación concordemente destilados (por obra de todos los Estados) de tradiciones ideológicas y filosóficas, de preceptos religiosos y concepciones del mundo, y transformados por los Estados mismos en código internacional de conducta. Esta forma de Jurisdicción Constitucional Transnacional, se refiere al ámbito, cada vez mayor, del Derecho Comunitario, del cual es modelo la Corte Europea de Derecho Humanos, y en fecha más reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el Perú, se reconoce al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como un organismo internacional, al cual puede recurrir quien considere lesionados sus derechos fundamentales, además se reconoce a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -quien para conocer el caso requiere que se hayan agotado todas las instancias jurisdiccionales en el derecho interno, salvo los casos en que esas instancias no sean agotadas por retardo injustificado en la administración de justicia- y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos -quien para conocer el caso, requiere que se haya agotado el procedimiento ante la Comisión- y, a otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.²⁴

²³ Constitución Política del Perú, Artículo 205: “Agotada la Jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”

²⁴ Código Procesal Constitucional, Artículo 122: “Para los efectos de lo establecido en el artículo 205° de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú”.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 55° de la Constitución señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Asimismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú. En consecuencia, bajo lo establecido por la Constitución y nuestro Código Procesal Constitucional no sólo los preceptos constitucionales deben interpretarse a la luz de los Tratados sobre Derechos Humanos sino también hay que tener en cuenta lo que los organismos internacionales que se constituyen en virtud de estos tratados emitan en sus decisiones.²⁵

148

En el presente caso, por tanto, nos encontramos frente a un auténtico principio de interpretación constitucional, que catalogaríamos como: El Principio de interpretación conforme a la convencionalidad o Principio de interpretación convencional. Y, esto es así, porque el Tribunal Constitucional ya lo ha señalado: *“En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”*.²⁶ A esto debemos aunar que las opiniones vinculantes de la Corte Interamericana y la parte considerativa de sus sentencias, no

²⁵ A nuestro criterio, se debe tener en cuenta que cuando se habla de “decisiones” no solo se alude a aquellas resoluciones que son sentencias, sino a aquellas que son opiniones, informes o recomendaciones.

²⁶ STC N° 5854-2005-PA/TC. Caso: Andrés Lizana Puelles. FJ. 23

solo tienen efectos vinculantes para los Estados que se encuentran siendo partes del proceso, sino también alcanza a aquellos que han ratificado las competencias de la Corte.²⁷

- b) Principio *pro homine* como fundamento del Control de Convencionalidad.** - El haber incorporado el Control de convencionalidad y sobre todo el Principio que lo rige: El *pro homine*, es a nuestro parecer, la innovación más resaltante, fundamental e importante del Título Preliminar de la nueva norma procesal. La CIDH en el *caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006)*, propuso una definición del control de convencionalidad señalando que “*cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.²⁸

Esta “especie de control de convencionalidad”, meses después se complementó en su definición cuando en la sentencia al caso *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú*, manifestó la CIDH que “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y*

²⁷ Para una mayor información sobre todo lo concerniente a las funciones y competencias de la CIDH, recomiendo a: Fix-Zamudio, H. (2009). *Los Derechos Humanos y su protección internacional*. Grijley.

²⁸ *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 124

*la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.*²⁹

En consecuencia, el control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH.³⁰

150

Pero, ¿qué sucede cuando el Juez a nivel interno tiene que resolver en un caso en concreto la incompatibilidad entre una norma convencional y una norma interna?, ¿Deberá preferir la norma convencional siempre basándose en el principio de jerarquía normativa que rige el control de constitucionalidad?, ¿Qué sucede si la norma interna para ese caso específico protege más a la persona y sus derechos que la norma convencional?

Existe una discusión aun no solucionada ni por la doctrina ni por la propia Corte Interamericana con respecto a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos³¹. Si bien la Corte Interamericana en el marco del control de convencionalidad (cualquiera sea el plano en el cual opere, nacional o internacional) ha señalado que el resultado esperado es una decisión que otorgue primacía a las convenciones internacionales por sobre las normas

²⁹ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, (excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 128.

³⁰ El control de convencionalidad se debe extender, también, a las demás convenciones interamericanas de derechos humanos que fundamenten la competencia de la Corte Interamericana y que establezcan obligaciones para el Estado peruano.

³¹ Es el debate eterno entre los partidarios de la teoría monista (ya sea con primacía del derecho internacional sobre el derecho interno o viceversa) y la teoría dualista (donde ambos derechos interno e internacional son independientes y no existe subordinación de ninguno)

internas de los Estados que conforman el sistema³², pero en nuestra opinión no siempre ocurrirá lo señalado.

En efecto, hay una gran mayoría que se inclina por la superioridad absoluta del derecho convencional sobre el derecho interno basándose en un símil con el control de constitucionalidad, sin embargo, debemos señalar que cuando se trata de hablar específicamente del control de convencionalidad, debe mencionarse que éste no es una simple extensión o réplica a escala externa del control de constitucionalidad.

Hay que ser enfático que el control de constitucionalidad, cual sea su tipo: difuso, concentrado, mixto o dual, siempre se regirá por el principio de jerarquía normativa, que es un principio inherente a este control desde sus orígenes, porque su finalidad última de este mecanismo es proteger la supremacía de la *norma normarum*, esto es: La defensa de la Constitución como norma principal y fundante del ordenamiento jurídico.

En el caso de la convencionalidad, esto es diferente, pues no existe una Constitución, lo que existe es un Bloque de Convencionalidad³³ - que si bien tiene como tratado principal a la Convención Americana - se encuentra conformado por un conjunto de documentos y pronunciamientos que integran el *ius commune interamericano*, y que además, tienen como finalidad última la defensa de los derechos

³² Conf. “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*”, Corte IDH, sentencia del 24/11/06, Serie C N°158, párr. 128 (“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”).

³³ Este criterio fue mantenido y desarrollado de manera progresiva en un caso resuelto en contra de México, a través del voto razonado del Juez Ferrer MacGregor, en el que consideró que los documentos relacionados con la Corte Interamericana eran sólo el estándar mínimo que las autoridades estatales debían respetar, pero que debía ser ampliada por todos los tratados internacionales sobre derechos humanos o que implicaran normas de derechos humanos que ha ratificado el país, así como las interpretaciones que los órganos encargados de hacerlas respecto a cada tratado emitan. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costras. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. *Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Este criterio es el que se conoce como “Bloque de convencionalidad”*.

humanos.³⁴ Por ende, para resolver cualquier conflicto entre una norma convencional y una constitucional, no debe aplicarse el principio de jerarquía por las razones mencionadas, sino el *principio pro homine* –la norma más favorable a la persona y sus derechos humanos-, más aun cuando éste se desprende claramente del artículo 29° de la propia Convención Americana³⁵.

En ese sentido, el hecho de haber incorporado el control de convencionalidad y el principio *pro homine* -que consideramos es el principio rector de este mecanismo de control y defensa de los derechos humanos-, resulta ser un aporte básico para evitar cualquier discusión innecesaria de los órganos jurisdiccionales en nuestro país que desde hace buen tiempo por mandato de la Corte Interamericana están obligados *ex officio* a aplicar no solo el control de legalidad y constitucionalidad sino también el control de convencionalidad³⁶.

³⁴ El control de convencionalidad, como se mencionó anteriormente, debe hacerse principalmente siguiendo el parámetro de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados que den competencia a la Corte Interamericana. Sin embargo, la convencionalidad no se circunscribe solamente a estos instrumentos, sino que va más allá. La Corte Interamericana ha establecido que al momento de hacer la revisión del derecho interno, debe contrastarse, además de con los tratados que dan competencia a la misma Corte, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha emitido al interpretar la Convención Americana. Pero que, además, como parte de esa jurisprudencia estaban los protocolos adicionales a la Convención, las opiniones consultivas de la Corte, las medidas provisionales y las interpretaciones realizadas en todas ellas, como parte del corpus iuris interamericano. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, Op. cit.

³⁵ Artículo 29. Normas de Interpretación.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

³⁶ En efecto, la Corte Interamericana realiza el control concentrado de convencionalidad cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido. Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben

Asimismo, el haber incorporado expresamente este principio coadyuvará a facilitar la aplicación de la convencionalidad en nuestro país; y sobre todo, logrará efectivizar una suerte de diálogo entre el derecho interno e internacional, donde no se trata de que uno se imponga sobre el otro, sino que ambos se complementen en aras de salvaguardar los derechos humanos de la manera más óptima posible.

Artículo IX. Aplicación supletoria e integración

Solo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios.

En este artículo se hace referencia al principio de aplicación supletoria o integración. Al respecto, *Arce Ortiz* señala que: “*La supletoriedad es una relación de reglas. Y ella consiste en que una regla solo se aplica a falta o en defecto de regulación del mismo supuesto de hecho en otra norma o normativa. Seguidamente, la falta o defecto de regulación no debe interpretarse como una laguna del derecho, ya que siempre existirá una norma de conexión o de remisión entre la regla aplicable y la norma o normativa defectuosa*” (2019, p. 263).

153

- a) **Principio de aplicación supletoria o Principio de integración.-** El Tribunal Constitucional ha señalado con respecto a este principio lo siguiente: “*Siendo así las cosas, y atendiendo a que el artículo IX del Código Procesal Constitucional autoriza al juez para acudir a otros códigos procesales a fin de subsanar los vacíos de la ley, se estima que debe aplicarse el último párrafo del artículo 413 del Código Procesal Civil que ordena la exoneración del pago de los costos y las costas a "quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla". En ese sentido, dado que a fojas 15 y 22 obra el*

realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte Interamericana. En estos casos los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que éstos no contraríen a la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos.

allanamiento de la demandada, debe exonerársele del pago de costos procesales”³⁷.

Como se puede apreciar, a diferencia de la norma procesal anterior³⁸, en caso de vacío o deficiencia de nuestra norma procesal, se ha realizado un orden de prelación al momento de aplicar este principio por parte de los órganos jurisdiccionales en un proceso constitucional, donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana figuran como las fuentes primarias de integración y aplicación supletoria; y, en segundo lugar, las demás normas procesales afines de manera subsidiaria siempre y cuando: 1) *no perjudiquen a las partes*, 2) *ni a los fines del proceso constitucional*; y, 3) *solo ante la ausencia de otros criterios*, que serían los principios generales del derecho y la doctrina.

IV.2.3. PRINCIPIOS PROCESALES DE CARÁCTER IMPLÍCITO.

154

El Tribunal Constitucional a nivel jurisprudencial ha incorporado principios procesales que han sido utilizados en los diversos procesos constitucionales. Si bien el Nuevo Código Procesal Constitucional no los ha consignado, a continuación, los mencionaremos porque han constituido instrumentos trascendentales en el desarrollo de los procesos constitucionales y el propio Tribunal los ha justificado derivándolos de los fines y/o instituciones procesales.

- a) **Principio de autonomía procesal.-** Con respecto a este principio el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: *“Según el principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del Código*

³⁷ STC N° 07738-2013-PHD/TC. FJ. 5.

³⁸ En efecto, la anterior norma procesal señalaba que: *“Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración. 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”*.

*Procesal Constitucional, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional*³⁹. Asimismo: “El Tribunal Constitucional, de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201° de la Constitución, tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular.”⁴⁰”

b) Principio de suplencia de la queja deficiente. - Para el Tribunal Constitucional: “*Se trata de un principio implícito de nuestro derecho procesal constitucional y que se deriva del citado principio teleológico enunciado en el artículo II del CPCConst. Conforme a él tiene el Juez Constitucional el deber de enmendar el petitorio de la demanda cuando éste ha sido erróneamente formulado o expuesto en forma ambigua u oscura*”.⁴¹

c) Principio de *iura novit curia*. - Este principio a diferencia de los dos anteriores, si se encontraba establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional anterior⁴². En esta ocasión, el legislador no lo ha incluido en el Título Preliminar de la nueva norma procesal. Sin embargo, consideramos que pese a que no se encuentra regulado explícitamente, si se puede y se debe aplicar, más aún porque su base se encuentra taxativamente establecida en la Constitución⁴³, es inherente a la labor jurisdiccional y el Tribunal Constitucional lo ha invocado y desarrollado en reiterada jurisprudencia. Así, el Tribunal ha señalado que: “*Se hace referencia al aforismo *iura novit curia* y su aplicación en los procesos constitucionales. En virtud de tal aforismo, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda.*”

³⁹ STC N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (acumulados). FJ. 18

⁴⁰ STC N° 0533-2006-AA/TC. FJ. 62

⁴¹ STC N° 04885-2007-PHD/TC. FJ. 5

⁴² Artículo VIII.- *Juez y derecho. 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*”.

⁴³ Artículo 139°.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. 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.*

*Asimismo, se precisa sus límites. En ese sentido, el Colegiado precisa que cuando se trate del aforismo iura novit curia, al aplicarse el derecho a las cuestiones debatidas, se buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso”.*⁴⁴

IV.3. TERCERA PARTE: INSTITUCIONES PROCESALES.

En esta última parte, analizaremos los artículos que dentro del Título Preliminar recogen instituciones procesales que se aplicarán en el desarrollo y resolución de los diversos procesos constitucionales.

IV.3.1. EL AMICUS CURIAE.

Artículo V. Amicus curiae

El juez, la sala o el Tribunal Constitucional, si lo consideran conveniente, podrán invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de amicus curiae, para que expresen por escrito u oralmente su opinión jurídica sobre una materia compleja. También puede invitarse al amicus curiae para que ilustre al juzgador sobre conocimientos no jurídicos, técnicos o especializados de relevancia necesaria para resolver la causa.

Son requisitos que debe cumplir la participación del amicus curiae:

- 1. No es parte ni tiene interés en el proceso.*
- 2. Tiene reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta.*
- 3. Su opinión no es vinculante.*
- 4. Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional.*

El amicus curiae carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios.

⁴⁴ STC N° 00569-2003-AC/TC. FJ. 13

La incorporación de la institución del *amicus curiae* es una de las novedades de nuestra nueva norma procesal constitucional. Si bien, el *amicus curiae* ya había sido creado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por parte del Tribunal Constitucional en su Reglamento⁴⁵ y desarrollado en su jurisprudencia, es la primera vez que se encuentra establecido y regulado detalladamente por el Código Procesal Constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional hace referencia a esta institución definiéndola de la siguiente manera: *“Partiendo de la facultad especial contenida en el artículo 13º-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, “el Pleno o las Salas pueden solicitar información de los amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, a fin de esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”. En el caso sub judice este Colegiado considera imprescindible para su dilucidación la opinión de personas con un amplio conocimiento sobre la salud mental, tanto desde el punto de vista médico, como desde la perspectiva de la ejecución de las políticas públicas”*⁴⁶. Asimismo: *“La intervención del amicus curiae en el presente proceso se encuentra legitimada no solo por el reglamento del Tribunal Constitucional, sino también por la naturaleza del derecho constitucional invocado. La presencia del amicus curiae, el pedido de información, así como la solicitud de documentación no deben considerarse a priori como medios probatorios inadecuados que habrán de dilatar el desarrollo del proceso, sino más bien como instrumentos procesales al servicio de una protección eficaz de los derechos constitucionales”*⁴⁷.

157

El *amicus curiae* (amigo de la Corte) se materializa con la participación de terceros ajenos al proceso a fin de ilustrar a los jueces sobre aspectos técnicos de alta especialización, que habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final.

El máximo intérprete de la Constitución creó esta institución para coadyuvar a resolver conflictos de carácter constitucional al igual que otros mecanismos que creados por el Tribunal tales como: el partícipe, el recurso

⁴⁵ Artículo 13-A.- *El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados.*

⁴⁶ STC N° 3081-2007-PA/TC. Fjs 5 Y 6

⁴⁷ STC N° 3081-2007-PA/TC. FJ. 8

de apelación por salto, etc. Al colocar a esta figura en el Título Preliminar su aplicación se hace extensiva a todos los procesos constitucionales y a todos los órganos jurisdiccionales encargados de resolverlos.

Por otro lado, la nueva norma procesal ha establecido quienes lo pueden aplicar y bajo qué requisitos específicos, resaltando que el *amicus curiae* tiene limitaciones dentro del proceso constitucional porque no constituye -en ningún caso- parte procesal.

Finalmente, debemos señalar que si bien con este artículo V se han complementado todos los alcances que el Tribunal Constitucional en su momento había regulado para esta institución, hay una duda que de la propia redacción del artículo V se desprende, que tendrá que disiparse –creemos a nivel jurisprudencial- con respecto a la participación del *amicus curiae* en un proceso constitucional y es la siguiente: ¿Es solo el Juez, la Sala o el Tribunal Constitucional que pueden invitar a participar a un *amicus curiae* como señala la primera parte del artículo V?, o, ¿Pueden presentarse personas naturales o jurídicas solicitando su incorporación como *amicus curiae*, quedando a criterio de los jueces constitucionales constituirlos como tal, como señala el inciso 4 de este mismo artículo? A nuestro parecer, de una interpretación garantista y sistemática de este artículo, cabría señalar que en principio solo los jueces constitucionales deberían invitar a los *amicus curiae*, salvo casos excepcionales, donde por las circunstancias propias de la litis en concreto, si un tercero solicita su participación como *amicus curiae*, su petición deberá ser analizada debidamente por la propia judicatura constitucional y decidirán si corresponde o no su admisión como tal, en estricta aplicación del inciso 4) del artículo V: “*Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional*”.

IV.3.2. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.

Artículo VI. Precedente vinculante

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, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. 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.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

En nuestro primer Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), en el artículo VII de su Título Preliminar, se encontraba establecida la novísima figura de nuestro precedente constitucional. Así este artículo señalaba: *“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”*.

159

Para la mayoría de la doctrina nacional, la instauración de esta técnica jurisprudencial obedeció a la concretización de dos principios básicos dentro de nuestro ordenamiento jurídico: El de predictibilidad y el de seguridad jurídica⁴⁸

El Tribunal Constitucional partiendo de lo establecido con la norma procesal, comenzó a desarrollar el instrumento que resulta ser el más trascendental para su labor jurisprudencial.

En efecto, en la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín, nuestro Tribunal señaló que:

⁴⁸ Así puede leerse y advertirse de algunos estudios realizados al precedente constitucional vinculante en el Perú: Carpio Marcos, E. y Grandez Castro, P. (Coordinadores). (2007). *Estudios al precedente constitucional*. Palestra. Así también: Paredes Infanzon, J. (2008). *La predictibilidad y el precedente*. Editorial San Marcos. Y, Castillo Alva, J. L. y Castillo Córdova, L. (2008). *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores.

“En ese orden de ideas, 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.

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 convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

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”.

160

En consecuencia, las características que podemos identificar de lo establecido por el Tribunal Constitucional, serían las siguientes:

- a) El precedente constitucional vinculante es una regla jurídica.
- b) Expuesta o creada a partir de un caso en particular y concreto
- c) El Tribunal toma la decisión de establecer la regla como precedente para que sea general.
- d) Sirve para resolver casos futuros de naturaleza homóloga, es decir, iguales o idénticos.
- e) Tiene efectos similares a una ley.
- f) Es una regla que alcanza y obliga a todos en general.

Asimismo, se debe recordar que en la misma sentencia aludida, (STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín), el Tribunal Constitucional pasó a señalar unas reglas de uso de la institución, ello con el claro propósito de acercarla cada vez más a su familia de origen de donde fue importado. Así, el Tribunal estableció lo siguiente:

“La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

a) *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.

b) *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”.

De lo expuesto, está claro que dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal constitucional la institución del precedente constitucional vinculante venida del derecho anglosajón se ha adaptado a nuestro sistema románico germánico, sufriendo en esa adaptación una serie de innovaciones que para nada son propias en el sistema del *common law*.⁴⁹

En efecto, tal y como se puede apreciar, nuestro precedente constitucional vinculante tiene características ajenas y desconocidas dentro su familia de origen y que se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento y que podemos resumir a continuación:

162

- a) Encontrarse establecido en una ley, tal y como sucede en nuestro caso; en los sistemas pertenecientes al *common law*, el precedente no se encuentra regulado en ninguna ley.
- b) Ser emitido sólo por el Tribunal Constitucional; en el caso de los países del derecho anglosajón, este puede ser emitido a partir de los juzgados o salas superiores.

⁴⁹ El propio Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer también las diferencias entre su precedente constitucional vinculante y el precedente judicial del Common Law. Así en la mencionada STC N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yárlenque, el Tribunal en sus fundamentos 47, 48 y 49 señaló lo siguiente: “(...) resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del Common Law (...) Es conocido que el precedente judicial en este sistema se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Ósea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. (...) El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales (...) Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley (...) es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares (...)”.

- c) Nuestro precedente por mandato del Código debe estar expresamente señalado por el Tribunal Constitucional; en los países del *common law* los Tribunales superiores no señalan donde se encuentra el precedente, es labor de los jueces inferiores descubrirlo a partir de la distinción entre fundamentos de *ratio decidendi* y de *obiter dicta*.
- d) En principio, según lo expresado literalmente en el Código Procesal Constitucional en el Perú, sólo el Tribunal Constitucional podría apartarse de su precedente, quedando aparentemente vetada esta posibilidad para los jueces; en el sistema del *common law* los jueces sí pueden apartarse del precedente acudiendo a la técnica del *distinguishing* sin perjuicio del *overruling*, técnica por la cual sólo el Tribunal que emitió el precedente lo puede cambiar.
- e) El precedente constitucional vinculante peruano tiene “efectos similares a una ley”, es decir, se le ha dado una vinculancia de alcance general por lo que es obligatorio no sólo para los jueces, sino para todas las instituciones del Estado y también para los particulares; en el *common law* el precedente por más que provenga del Tribunal de mayor jerarquía, éste carece de “efectos de ley”, por tanto vincula sólo al aparato jurisdiccional más no a otros entes del Estado ni a particulares.
- f) Por la misma razón que según el Código Procesal Constitucional el Tribunal Constitucional debe establecer en que parte de su sentencia se encuentra el precedente, en el Perú de poco serviría la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* y la necesidad de que el precedente sólo puede ubicarse sólo en la primera, pues nuestro Tribunal puede establecer su precedente a su libre albedrío y los jueces deben aplicarlo sin más ni más; en el sistema del *common law* la distinción entre *ratio* y *obiter* es fundamental, puesto que los Tribunales Superiores no señalan expresamente donde está su precedente, serán los jueces en base a esta distinción que descubrirán el precedente, sabiendo de antemano que éste solo puede estar inmerso en los fundamentos de la *ratio decidendi* y no en los de la *obiter dicta*.
- g) Finalmente, en el Perú existe una distinción muy clara sustentada en el Código Procesal Constitucional entre precedente constitucional vinculante y jurisprudencia constitucional vinculante; en el derecho anglosajón esta distinción es totalmente desconocida, extraña y -hasta

diríamos- totalmente contraria al espíritu y esencia de la institución (nos referimos al precedente), pues el precedente no es algo que se determine *a priori* –como si de una ley se tratara- sino que los jueces en su labor jurisdiccional aplicada a los casos en concreto van descubriendo, delineando y determinando el precedente que emana de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, es decir, no existe y sería algo absurdo que en estos países originarios del precedente hubiera una distinción semejante a la que existe en nuestro país.

Con todas estas diferencias, nos queda claro que en el Perú el precedente constitucional vinculante es una institución que se fundamente en torno a una convergencia entre dos familias jurídicas distintas –*civil law* y *common law*-, pues la institución proviene del derecho anglosajón pero al importarse a un país cuya familia jurídica pertenece al sistema romano-germánico, sufre los cambios propios de la adaptación, tratando muchas veces de mantener lo esencial de su familia originaria pero recogiendo otras características nuevas que lo convierten en una institución diferente a la que es en su realidad jurídica original, lo que hace que nuestro precedente constitucional vinculante haga juntar a las dos familias jurídicas más importantes del mundo y se encuentre el mismo situado en la intersección de esa convergencia⁵⁰.

164

Ahora, con respecto a esta figura tan relevante, el Nuevo Código Procesal Constitucional trae como novedad la adición -a la redacción original de la norma procesal anterior- lo siguiente:

- Al momento de formularse, se debe explícitamente fijar la regla jurídica que establece el precedente.
- Se señala que para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente, se requiere la reunión del Pleno y el voto conforme de cinco magistrados, es decir, mayoría calificada.
- La Corte Suprema a partir de ahora solo en el proceso de acción popular, también puede emitir precedentes constitucionales bajo los mismos requisitos que se establecen para que el Tribunal Constitucional los emita.

⁵⁰ Al respecto véase: López Viera, J. R. (2017). *Teoría práctica del Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. APECC.

Consideramos que lo adicionado en la nueva norma procesal es positivo para seguir perfeccionando esta institución que desde su incorporación ha sido tan fundamental -para nuestro derecho procesal constitucional en especial; y, en nuestro ordenamiento jurídico en general-. Sin embargo, hay ciertos aspectos que han quedado para el debate y que la judicatura constitucional se encargará de resolver. Para nosotros el legislador en el artículo analizado:

- a) Debió establecer de manera fehaciente la diferencia entre apartamiento (*distinguishing*) y cambio (*overruling*) de precedente. En efecto, se sigue manteniendo la ambigüedad y/o confusión con respecto a ambas figuras inherentes al precedente, pues al igual que la redacción de la norma procesal anterior vuelve a insistir en la imprecisión de que el apartamiento solo lo podría realizar el Tribunal, dándonos a entender que apartamiento y cambio son lo mismo o que sólo el Tribunal Constitucional puede apartarse de su precedente. Esto es erróneo porque doctrinariamente el apartamiento (*distinguishing*) no solo lo puede realizar el órgano que emite el precedente, sino también los órganos que están obligados a seguirlo. Situación distinta ocurre con el cambio de precedente (*overruling*) donde allí sólo el órgano que lo emite puede realizarlo –en este caso nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para procesos de acción popular-. En nuestra opinión, la redacción: “*Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente (...)*”, debió modificarse señalando lo siguiente: “*Cuando el Tribunal Constitucional resuelva cambiar de precedente (...)*”.
- b) Debió establecer claramente que la regla que constituye precedente sólo puede estar contenida en la *ratio decidendi*, esto a fin de: No desnaturalizar al precedente, estar acorde a lo que el Tribunal ha establecido en su jurisprudencia; y, evitar el uso arbitrario de la figura que lleve a imponer reglas por parte del Tribunal que no tienen absolutamente nada que ver con el caso en concreto.

Por otro lado, como se aprecia, la Corte Suprema también puede emitir precedentes constitucionales en procesos de acción popular, si bien con esta atribución que se le otorga a la Corte Suprema lo que se busca es que la jurisprudencia que se desarrolle en el proceso de acción popular tenga una importancia similar a la que desarrolla el Tribunal en los demás procesos

constitucionales, quedan ciertas interrogantes que deberán resolverse conforme la Corte Suprema establezca reglas jurídicas en calidad de precedente constitucional:

- a) *¿Seguirá la Corte Suprema los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional para emitir precedentes constitucionales?*⁵¹ Al respecto, consideramos que sí, puesto que estos supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional constituyen precedente constitucional, pero eso no significa que la Corte Suprema pueda adicionar nuevos supuestos para establecer sus precedentes en el proceso de acción popular.
- b) *¿Los precedentes constitucionales emitidos por la Corte Suprema, tendrán el efecto de “fuerza de ley” que le dio el Tribunal Constitucional a sus propios precedentes?* Si la norma procesal, ha establecido que la figura del precedente constitucional también la pueda utilizar la Corte Suprema en procesos de acción popular, consideramos que la “fuerza de ley” establecida por el Tribunal para su precedente, debe hacerse extensiva al precedente constitucional de la Corte Suprema pues se trata de la misma figura, y por tanto, no podría haber diferencias.

⁵¹ En la sentencia mencionada, STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín, así como en la STC N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque, el Tribunal Constitucional estableció como supuestos para emitir un precedente constitucional vinculante los siguientes:

- a) 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.
- b) 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.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) 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.
- e) Cuando existe una norma legal que afecta derechos constitucionales
- f) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

- c) *¿En caso de conflicto entre un precedente constitucional de la Corte Suprema y un precedente del Tribunal Constitucional, quien prevalecería?* Para responder a esta pregunta sin caer en discusiones eternas sin resolver, a nuestro criterio se debe aplicar el último párrafo del artículo VII del Título Preliminar (que analizaremos a continuación): “*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 que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional*”. En consecuencia, la clave está en tener presente lo que señala el precepto citado, y en caso de conflicto entre precedentes, prevalecerá el del Tribunal Constitucional, por ser el máximo intérprete de la Constitución.

IV.3.3. EL CONTROL DIFUSO Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

En el presente artículo se encuentran dos instituciones importantísimas: El Control difuso (párrafo primero y segundo); y, la Doctrina Jurisprudencial o Jurisprudencia vinculante (tercer párrafo). Veamos a continuación cada una de ellas.

167

Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma 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 que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

- a) **El Control Constitucional Difuso.-** Mediante la Jurisdicción Constitucional se asegura el cumplimiento del orden jurídico, en la medida que las normas y los actos de los detentadores del poder se adecúan a los mandatos y los principios de la Constitución; en la medida que se delimita el

área de aplicación de las leyes y se garantiza la prevalencia de la Constitución sobre la norma ordinaria. Como bien dice *Lucas Verdú*, la jurisdicción constitucional “*significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo*”.⁵²

Kelsen en su *Teoría General del Derecho y del Estado*, había sostenido que el orden jurídico personificado por el Estado, no es un sistema de normas coordinados entre sí que se hallen yuxtapuestas o en un mismo nivel. Lo que caracteriza al sistema es más bien la relación jerárquica entre distintos niveles de normas, cuya unidad está dada porque la creación de la norma más baja en el grado inferior está determinada por otra de grado superior que, a su vez, está condicionada en su creación por otra de mayor jerarquía. La unidad del sistema se basa en que este *regresus* concluye en la Constitución como la norma hipotética fundante que representa la validez de todo el orden jurídico.

168

Es por ello, que para garantizar la supremacía de la Constitución, como la norma fundamental que establece los grados de producción y aplicación del derecho –parámetro de validez- el constitucionalismo ha ideado dos modelos de jurisdicción constitucional, que sin ser los únicos, son los primeros y originarios de los cuales nacen los demás: el difuso y el concentrado.

El Modelo Difuso nace en Norteamérica, como fruto de una larga experiencia colonial alimentada por la experiencia inglesa, y que se fija en 1803 en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. Luego viene un largo silencio hasta después de la Guerra Civil en donde nuevamente es retomado el problema lentamente, y se reanuda en el siglo XX, especialmente en la denominada revolución constitucional de la Corte Suprema, a raíz de su enfrentamiento con *Roosevelt*.

La experiencia norteamericana, nacida dentro de una familia jurídica distinta como es el *common law*, no fue acogida en Europa pese a ser bien conocida entre los juristas europeos de la época. Fue así que nació el llamado Modelo Kelseniano, plasmado en un proyecto de 1918, sancionado por el parlamento austriaco en 1919, y hecho realidad en la Carta Austriaca de 1920.

⁵² Lucas Verdú, P. (1983). *Curso de Derecho Político*, T. II. Tecnos S.A. p. 687

Su vecina Checoslovaquia la imitó ese mismo año, y luego lo hizo la República Española en 1931. Fueron esos los únicos tribunales constitucionales existentes en la Europa del periodo entreguerras.

Pero al lado de los originarios existen los derivados que son los que, partiendo de éstos, han ido más lejos y han creado una nueva realidad no tan sugestiva ni tan novedosa, pero no por ello menos útil. Entre estos derivados tenemos el Mixto, que se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, pero cada país lo ha ido amoldando de acuerdo a su propia realidad, dando nacimiento a sistemas bastantes diferenciados. El otro modelo derivado es el Paralelo o Dual, que se da cuando coexisten dos modelos en un solo sistema jurídico, sin mezclarse ni desaparecer⁵³.

Con respecto al control difuso o *Judicial Review*, podemos decir que las características fundamentales del presente modelo son:

169

- a) Difuso, en la medida que el control de la Constitucionalidad no se concentra en un solo órgano especializado y exclusivamente competente, sino que cualquier magistrado, independientemente de su grado o jerarquía, puede resolver sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución.
- b) Incidental, debido a que el pronunciamiento constitucional sólo es posible a partir de la existencia previa ante el órgano jurisdiccional de una litis o cuestión prejudicial. Es decir, no se plantea como acción, sino en el desarrollo de un proceso concreto en el que aparece incompatibilidad en la norma que se ha de aplicar (Constitución y ley) para sentenciar el caso en concreto.
- c) Especial o de eficacia *Inter Partes*, es decir, que la inaplicación de la ley no tiene efectos generales, sino que la determinación de inconstitucionalidad de la norma inaplicada sólo alcanza a quienes han sido parte en la cuestión prejudicial.
- d) Declarativo (*ex tunc*), porque su aplicación en el tiempo tiene una eficacia retroactiva. La norma se entiende nula, como si no hubiese existido.

⁵³ Al respecto se puede revisar: García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. TEMIS.

- e) Inaplica la norma para el caso en concreto, ya que los órganos jurisdiccionales se pronuncian únicamente sobre la inaplicabilidad de la ley inconstitucional.

En nuestro país la potestad para realizar el control constitucional difuso por parte de los órganos con naturaleza jurisdiccional, se encuentra establecido en el artículo 138° de nuestra Constitución⁵⁴. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido fehacientemente los requisitos para aplicar este control constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales. Al respecto, el Tribunal sostiene que: *“El ejercicio del control difuso presenta los siguientes límites: a) debe realizarse en el seno de un caso judicial; b) sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez; c) es preciso que quien planteé al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; y, d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad”*.⁵⁵

170

En consecuencia, el control difuso como una potestad reconocida a los órganos jurisdiccionales para poder declarar la inaplicabilidad de una ley contraria a la Constitución, con efectos particulares, es una potestad limitada por requisitos expresamente establecidos en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y ratificados por parte del Tribunal Constitucional.

b) La Doctrina Jurisprudencial o Jurisprudencia Vinculante.- Con respecto a esta institución, el Tribunal Constitucional en la mencionada STC N° 0024-2003 AI/TC, *Caso: Municipalidad de Lurín*, ha señalado que: *“La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad”*.

⁵⁴ Artículo 138°.- *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. 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.*

⁵⁵ STC N° 01680-2005-PA/TC. Fjs. 4-9.

Asimismo, ha establecido: “(...) De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir del caso en concreto”.⁵⁶

Tanto para el legislador como para el Tribunal Constitucional la jurisprudencia y el precedente constitucional son dos cosas distintas. En efecto, tal y como señala el profesor *García Amado*: “Insistimos en el diferente objeto del artículo VI y del VII. El primero hace vinculantes siempre las interpretaciones de las normas constitucionales que realice el Tribunal Constitucional. El segundo hace vinculantes, en tanto que precedentes las pautas decisorias de los casos en lo que el Tribunal quiera, y siempre teniendo en cuenta que entre las que llamamos pautas decisorias no figura la interpretación de las normas constitucionales, que en virtud del artículo VI obliga siempre” (2008, p. 91).

171

Nosotros estamos de acuerdo con lo señalado por el referido profesor, pues nos parece hasta cierto punto bastante confuso y hasta carente de sustento jurídico dicha diferenciación que en el derecho anglosajón no existe, por ello pensamos que lo estipulado en el Código Procesal Constitucional en su artículo VI de su Título Preliminar se presta peligrosamente para que el Tribunal Constitucional comience a emitir precedentes constitucionales a diestra y siniestra en cualquier circunstancia, sin que tenga que ver con el caso en concreto, sin que se encuentre en la *ratio decidendi* y tratando de imponer alguna concepción ideológica o antojadiza de los Magistrados de turno, desnaturalizándose la institución, pareciéndose más a una cuestión legislativa que jurisprudencial.

En ese sentido, parece ser que el mismo Tribunal Constitucional dándose cuenta de esto, trató de apaciguar la situación emitiendo una “definición material del precedente constitucional vinculante”⁵⁷ y con supuestos inclusive para su emisión, como para que el precedente vinculante no parezca una cuestión legislativa sino sobre todo jurisprudencial como en

⁵⁶ STC. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque, de fecha 14 de noviembre del 2005.Fj. 43.

⁵⁷ Definición que hemos descrito ampliamente en líneas anteriores, en base a la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín.

su lugar de origen, sin embargo, al estar estos requisitos o características materiales en sus propias sentencias, muchas veces las han dejado de lado al momento de emitir sus precedentes y solo se han sujetado a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, dejando muy en claro que es muy difícil “cambiar de *chip* jurídico” cuando instituciones foráneas de una familia jurídica totalmente distinta se incorporan a nuestro ordenamiento con reglas de aplicación muy diferentes y desconocidas para nuestros operadores jurisdiccionales.

En consecuencia, tratando de encontrar las diferencias más saltantes entre nuestro precedente constitucional y la jurisprudencia constitucional, éstas serían las siguientes:

- a) El precedente constitucional vinculante solo puede emitirse a través de una sentencia del Tribunal; por su parte la jurisprudencia se puede emitir en cualquier tipo de resolución jurisdiccional del mismo.
- b) El precedente solo se puede emitir en una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada; en cambio la jurisprudencia se puede emitir en cualquier tipo de resolución aun so se haya resuelto sobre el fondo.
- c) El precedente tiene que estar expresamente señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia, es decir, él determina en qué parte de su sentencia o en que fundamentos se encuentra contenido su precedente; por su parte en el caso de la jurisprudencia no es necesario que el Tribunal señale donde se encuentra la jurisprudencia⁵⁸.
- d) Según se desprende literalmente del artículo VI del Título Preliminar del Código, sólo el Tribunal podría apartarse de su precedente, en vista de ello está posibilidad estaría vetada para los jueces; en el caso de la jurisprudencia no sólo el Tribunal podría apartarse sino también

⁵⁸ Al respecto, el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano César Landa anota algo totalmente cierto: “A diferencia del precedente vinculante en el que se establece los efectos normativos de una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada constitucional al haber resuelto sobre el fondo un proceso constitucional, en la doctrina jurisprudencial se requiere de una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento” (2009, p. 62).

lo podrían hacer los jueces, claro en uno u otro caso, siempre sustentando las razones de hecho y derecho de tal apartamiento.

- e) Tal y como lo ha referido el Tribunal Constitucional, su precedente es una regla jurídica que nace a partir de un caso en concreto y que sirve para resolver casos futuros de naturaleza homóloga; por su parte la jurisprudencia son los criterios reiterativos del Tribunal en casos similares.
- f) El precedente en principio sólo podría estar contenido en la *ratio decidendi* de la sentencia⁵⁹; en cambio la jurisprudencia puede estar contenida tanto en la *ratio decidendi* como en la *obiter dicta*, determinándose que si estamos en el primer caso tendría una vinculación obligatoria mayor y si estamos frente al segundo solo una vinculación persuasiva o menor.
- g) El precedente constitucional vinculante tiene “efectos similares a una ley”; por el contrario, la jurisprudencia vinculante carece de estos efectos⁶⁰.
- h) Finalmente, el único que puede cambiar o dejar sin efecto el precedente constitucional vinculante es el órgano que lo emitió, es

⁵⁹ En efecto, en el derecho anglosajón el precedente solo podría derivarse de los fundamentos que pertenecen a la *ratio decidendi*. En el caso peruano no siempre suele ser así, pese a que el Tribunal en la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín señaló lo siguiente: “La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis. Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la base, base o puntal de un precedente vinculante. La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.” (subrayado y resaltado nuestro). Sin embargo, por las características formales que el Código Procesal Constitucional le brinda al Tribunal Constitucional para emitir un precedente sin observar la *ratio u obiter*, es decir, casi a su libre albedrío, el Tribunal muchas veces ha emitido precedentes sin que estos se encuentren o deriven propiamente de la *ratio decidendi* de su sentencia.

⁶⁰ En ese mismo sentido, el profesor Landa señala: “De otro lado, el sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir, que no se configura un efecto normativo *era omnes*, que la haría exigible a cualquier órgano o persona, sino que goza de efectos interpretativos específicamente para la judicatura ordinaria o especializada”. (2009, pp. 62 y 63).

decir, para nuestro caso el Tribunal Constitucional; por su parte, quien podría apartarse del precedente no solo sería el Tribunal Constitucional, sino también los jueces, siempre y cuando su caso no sea idéntico u homólogo al que dio origen al precedente.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

Arce Ortiz, E. (2013). *Teoría del Derecho*. Fondo Editorial de la PUCP.

Castillo Alva, J. y Castillo Córdova, L. (2008). *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores.

Carpio Marcos, E. y Grandez Castro, P. (Coordinadores). (2007). *Estudios al precedente constitucional*. Palestra.

174

Espinoza Espinoza, J., Arata Solis, M., Ariano Deho, E., Arriola Espino, M., Barboza Baraún, E., Barchi Velaochaga, L., y Vega Mere, Y. (2015). *Análisis Sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*. Pacífico Editores S.A.C.

Fix-Zamudio, H. (2009). *Los Derechos Humanos y su protección internacional*. Grijley. Lima.

García Amado, J. A. (2008). Controles Descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlénque. En: *JUS Constitucional*, (01). Grijley.

García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial TEMIS.

Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da Edición. Centro de Estudios Constitucionales.

Landa Arroyo, C. (2009). Los precedentes constitucionales. En: *Justicia Constitucional*. N° 5. Especial: El Precedente Constitucional. Palestra.

Lucas Verdú, P. (1983). *Curso de Derecho Político*. Tomo II. Tecnos.

López Viera, J. R. (2016). *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Instituciones básicas y modernas*. APECC.

López Viera, J. R. (2017). *Teoría práctica del Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. APECC.

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso*. Tomo 1. Themis.

Paredes Infanzon, J. (2008). *La predictibilidad y el precedente*. Editorial San Marcos.

Zagrebelsky, G. (2001). ¿Derecho Procesal Constitucional? En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° IV.