

# EL ROL INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CONTENIDO MÍNIMO DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD, COSA JUZGADA Y PRECEDENTE

PAUL PAREDES PALACIOS

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: EL ROL INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional peruano resolvió la demanda de inconstitucionalidad planteada contra diversos artículos de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, de una manera singular. No expidió una sentencia<sup>(1)</sup>. El diario oficial *El Peruano* del 29 de mayo de 2014 publicaba la **razón de relatoría** –la comunicación del relator del tribunal– la misma que daba cuenta que la causa bajo el Expediente N° 00018-2013-PI/TC –la demanda de inconstitucionalidad– había sido votada por los seis magistrados integrantes del tribunal, pero sin llegar a elaborar un **documento-sentencia**. Asimismo, este refería –respecto de los votos– la existencia de una pequeña zona de coincidencia y una más amplia ausencia de confluencias. Ante ello anunciaba las consecuencias de la ley **aplicables** en esa situación. Es el relator quien, luego de sumas y restas, declara fundada en parte la demanda e infundada en sus demás extremos. Junto con la razón del relator se publicaron, en dos documentos, los votos de los magistrados.

---

(1) Quiero con esto referirme a aquel documento que contiene, por lo menos, los antecedentes del caso, la fundamentación de la decisión y la decisión misma; presentados, por lo menos formalmente, como un todo con pretensión de congruencia.

Uno con la firma de los magistrados Urviola Hani, Eto Cruz y Álvarez Miranda; y el segundo con la de los señores Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Calle Hayen:

### *RAZÓN DE RELATORÍA*

*La causa correspondiente al Expediente N° 00018- 2013-PI/TC ha sido votada por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Masía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, cuyos votos se acompañan. Se deja constancia que, de conformidad con el artículo 5 (párrafo primero) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se ha alcanzado la mayoría de votos necesaria para declarar FUNDADA EN PARTE la demanda y, en consecuencia, INCONSTITUCIONAL la expresión “o judicial” del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30057.*

*En los demás extremos de la demanda, no se ha alcanzado los cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por lo que la demanda es INFUNDADA en dichos extremos, como prevé el segundo párrafo del artículo 5 precitado.*

*Lima, 21 de mayo de 2014*

*ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ Secretario Relator*

Esta particular manera de resolver una demanda de inconstitucionalidad proveniente del más alto tribunal peruano pone sobre el tapete algunos problemas. Uno primero formal es sobre el contenido mínimo que debe tener una sentencia en estos casos. Pero, en este punto, lo más relevante no es tanto sobre las partes mínimas de una sentencia de inconstitucionalidad, sino en qué momento, o a partir de cuándo, existe sentencia. ¿Es suficiente que se sumen los votos para que un tercero –el relator o cualquier ciudadano– construya, por inferencia, la sentencia (o solo el fallo) de inconstitucionalidad? ¿Es legítima, desde alguna perspectiva, la técnica del *arme- usted-el-fallo*? ¿Existe un deber del Tribunal Constitucional de elaborar una sentencia aun cuando esta sea declarando infundada la demanda? ¿Aun cuando parezca ocioso construir una sentencia que confirme la constitucionalidad de una ley, cuya constitucionalidad –valga la redundancia– se presumía desde antes del proceso?

Un segundo problema –que podría ser visto como la cara sustantiva del primero– tiene que ver con el rol del Tribunal Constitucional y sus límites.

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución<sup>(2)</sup> y esto deriva en dos consecuencias importantes: es el supremo intérprete de la Constitución<sup>(3)</sup> y el garante de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales<sup>(4)</sup>. Esto estaría significando que el quehacer ineludible del Tribunal Constitucional es interpretar (la Constitución, las leyes, las normas en general) positivamente, poniendo frente a la ciudadanía sus supremas interpretaciones<sup>(5)</sup>. Supremas interpretaciones cuyo propósito no es la mera erudición sino la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. De ahí podría derivarse como un límite del Tribunal Constitucional el hecho que no podría interpretar o resolver por defecto u omisión. Esta exigencia surgiría, además, como una connotación sustancial al hecho de interpretar en un colegiado: el compromiso con las interpretaciones dadas y la necesidad de alcanzar consensos en un medio plural como lo es la sede del Tribunal Constitucional.

Cabe, finalmente, anotar un tercer problema con relación a los efectos jurídicos de la técnica del *arme-usted-el fallo*. Estos efectos están referidos a dos instituciones: i) el precedente visto desde la perspectiva de la *ratio decidendi*, y ii) la cosa juzgada constitucional. El caso narrado muestra que no existe, en estricto, una sentencia que contenga la *ratio decidendi* que justifique el fallo, sino que solo existe el fallo, puesto por el relator, como una consecuencia ficta en aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>(6)</sup>. ¿Cabe dispensar las mismas consecuencias tanto cuando hay sentencia expresa como cuando solo hay un fallo sin *ratio decidendi* que lo respalde?

¿En ambos casos opera la cosa juzgada? ¿Los jueces no pueden apartarse del texto de la ley aun cuando no existe ninguna *ratio decidendi* que seguir? Nuevamente me adentro en los campos del rol y los límites del Tribunal Constitucional al momento de resolver una demanda de inconstitucionalidad. Pero no desde una perspectiva meramente procedimental, sino argumentativa de lo que el Derecho es en un Estado Constitucional<sup>(7)</sup>. Lo que quiero advertir es que si no se tiene claro los límites de la función interpretativa del Tribunal Constitucional se corre

---

(2) Cfr. con el primer párrafo del artículo 201 de la Constitución.

(3) Cfr. con los artículos 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301; y 1 del Reglamento Normativo del TC.

(4) Cfr., artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

(5) Guastini (2014, p. 314) al referirse a los intérpretes de la Constitución dice: “Si el control de las leyes es concentrado, entonces solo el Tribunal Constitucional es intérprete ‘auténtico’ de última instancia de las normas constitucionales en cuestión”. Las comillas han sido agregadas por el autor.

(6) Vid., segundo párrafo del artículo 5 de la LOTC, Ley N° 28301: “De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad”.

(7) En este punto sigo las ideas del profesor Aguiló expuestas en su libro: Aguiló Regla. *La Constitución del Estado constitucional*.

el riesgo de convertir sus decisiones en fetiches. Así, el riesgo es pasar de la mera autoridad del legislador, a la autoridad del Tribunal Constitucional.

Dos comentarios adicionales antes de pasar a desarrollar los problemas planteados. La técnica del *arme-usted-el-fallo* no es una práctica usual del tribunal constitucional peruano, pero ciertamente ha sido una alternativa abierta cuando los consensos han sido difíciles. Esto mismo ha ocurrido –el mismo día del caso bajo análisis– con la resolución de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley del Servicio Militar<sup>(8)</sup> y también en procesos de amparo, digamos, difíciles<sup>(9)</sup>. ¿Es una conducta legítima? Considero que no y encuentro interesante dar las razones para negarle validez a estas prácticas.

Por otra parte, respecto del tema de fondo relacionado con el *arme-usted-el-fallo*, este estuvo referido, centralmente, al derecho de negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público en materia remunerativa. La ley impugnada –la Ley del Servicio Civil– negó este derecho. Una vez publicada la *razón de relatoría* la opinión mayoritaria<sup>(10)</sup> entendió que al estimarse infundada la demanda, ningún árbitro o juez podía, en adelante, inaplicarla, puesto que ya no cabía poner en duda su constitucionalidad, a pesar de carecer, obviamente, de *ratio decidendi*. Lo interesante del caso es que hace muy poco tiempo, el pasado 18 de setiembre de 2015, se ha publicado en *El Peruano* la sentencia<sup>(11)</sup> que resuelve las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes de presupuesto que reiteradamente venían negando –a igual modo que la Ley del Servicio Civil– el derecho a negociar colectivamente las remuneraciones en el Sector Público. El tribunal en esta sentencia ha declarado inconstitucional dicha prohibición y ha expuesto *in extenso* las razones de su decisión. Entre la publicación de la **razón de relatoría** (29 de mayo de 2014) que fictamente declara infundada la demanda en lo que respecta al derecho de negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público y la publicación de la sentencia (18 de setiembre de 2015) que expresamente declara inconstitucional la prohibición de negociar remuneraciones ha transcurrido más de un año y se han sucedido diversos eventos cuya solución pasa por afirmar o negar, en ese lapso, la validez o no de la prohibición. El hecho de presentar

---

(8) Cfr., Exp. N° 00015-2013-PI/TC, publicado en *El Peruano* el 29 de mayo de 2014

(9) Cfr. con los casos Exp. N° 02566-2012-PA/TC (sobre negociación colectiva en el Sector Público) y Exp. N° 04617-2012-PA/TC (sobre inexistencia del cobro de tributos).

(10) En el medio de la doctrina laboral peruana resultaron representativas las opiniones de los profesores Carlos Blancas y Javier Neves quienes, de modo muy similar, consideraron que lo resuelto por los magistrados del Tribunal Constitucional constituía una sentencia y que, en consecuencia, desde ese momento los jueces y árbitros laborales se encontraban impedidos de hacer control difuso de la prohibición de negociar remuneraciones en el Sector Público. Más adelante regresaré sobre este punto.

(11) SSTC Exps N°s 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC y 00023-2013-PI/TC.

soluciones para los eventos sucedidos en dicho lapso muestra lo interesante que resulta este documento.

Planteados así los problemas mi tesis es que el derecho en un Estado Constitucional como actividad argumentativa exige al Tribunal Constitucional interpretar explícitamente (positivamente) siempre, pues sus límites y el control ciudadano al que se somete responderán, siempre, a la corrección de las razones que exponga.

En la segunda parte utilizaré como criterio de contraste de mi tesis la opinión de los profesores Blancas y Neves para quienes la **razón de relatoría** anotada constituye una sentencia desestimatoria de la demanda de inconstitucionalidad y que ello implica, por tanto, de un lado, que la ley cuestionada es (definitivamente) constitucional y, de otro lado, que ningún juez ni árbitro puede, en consecuencia, hacer control difuso de la misma.

Para el desarrollo central de la tesis, la tercera parte, abordaré los dos primeros problemas anotados (el contenido mínimo de la sentencia y el rol del tribunal constitucional) de manera conjunta debido a que, como he señalado, cada uno resulta siendo la cara de una misma moneda. La perspectiva formal de la sentencia del Tribunal Constitucional termina siendo delimitada por el rol (interpretativo) del Tribunal Constitucional y, a su vez, expresa los límites a los que se encuentra sometido el tribunal en un Estado Constitucional de Derecho. Para ello presentaré, de un modo sumario, cómo es el proceso de inconstitucionalidad peruano. A continuación, analizaré los posibles contenidos mínimos de una sentencia de inconstitucionalidad y abordaré el rol interpretativo del Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho. Luego, haré una presentación de la cosa juzgada constitucional y del precedente desde la perspectiva de la *ratio decidendi*.

Finalmente, en la conclusión del trabajo, expondré la propuesta de solución al problema (la tesis) a partir de hacer un contraste entre una posición formalista que ha sustituido el fetiche de la ley por el de la autoridad del Tribunal Constitucional, y una posición que reclama el imperio de la razón como marco de legitimación del Tribunal Constitucional que le exige siempre poner sus razones en un **documento-sentencia**.

## II. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS ARGUMENTACIONES A FAVOR DE UNA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD FICTA Y DESESTIMATORIA

Al poco tiempo de haberse publicado la **razón de relatoría** recaída en el Expediente N° 00018-2013-PI/TC circuló en el medio la opinión del profesor Carlos

Blancas Bustamante, exministro de trabajo. Según esta, a partir del día siguiente de su publicación los jueces y los árbitros ya no podían inaplicar la Ley del Servicio Civil (LSC) en el extremo que prohibía el incremento de remuneraciones por negociación colectiva para los trabajadores del Sector Público. Esta es su posición:

*La sentencia expedida por el TC, en el caso materia del presente informe, tiene autoridad de “cosa juzgada” y vincula a todos los poderes públicos, de acuerdo a lo que establece el artículo 82 del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPCO). El efecto de la sentencia que declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad consiste en confirmar la constitucionalidad de la norma impugnada, razón por la cual, a tenor de lo que indica el artículo VI del Título Preliminar del CPCO, los jueces no pueden dejar de aplicar dicha norma en los casos sujetos a su conocimiento. Ello significa que en este supuesto, los jueces ya no pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad, previsto en el artículo 138 de la Constitución, toda vez que, en vía del control concentrado, el TC ha ratificado la constitucionalidad de la norma materia de la demanda de inconstitucionalidad. Por el mismo motivo, los árbitros o tribunales arbitrales tampoco pueden ejercer el control difuso y, en virtud de este, inaplicar la referida norma<sup>(12)</sup>.*

*(...). En consecuencia, bajo los términos de la LSC, ahora confirmada por la sentencia del TC, no es legalmente posible que el órgano arbitral laude concediendo aumentos salariales ni otros beneficios de naturaleza económica<sup>(13)</sup>.*

*Conforme antes se indicó la STC N° 00018-2013-PI/TC, es una sentencia firme, con autoridad de cosa juzgada respecto a las disposiciones de la LSC que fueron impugnadas en la demanda de inconstitucionalidad. Por consiguiente, ni los jueces ni los árbitros pueden inaplicar dichas normas, en vía de control difuso de constitucionalidad bajo sanción de nulidad en caso contrario. La existencia de otras demandas de inconstitucionalidad sobre la LSC no abre la posibilidad*

---

(12) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2012, párrafo 2).

(13) Párrafo 4.

*de una modificación de la mencionada sentencia, pues el TC solo podrá pronunciarse sobre aquellas disposiciones de la LSC que no fueron específicamente impugnadas en la demanda que dio lugar a esa sentencia<sup>(14)</sup>.*

En similar sentido ha opinado el profesor Javier Neves al resolver, en calidad de árbitro unipersonal, la negociación colectiva del Sindicato de Trabajadores del Programa de Gobierno Regional de Lima Metropolitana. En el laudo del 8 de noviembre de 2014<sup>(15)</sup> ha expresado lo siguiente:

38. *No obstante [encontrar que la prohibición de los incrementos remunerativos por negociación colectiva es inconstitucional], en el presente caso existe un nuevo elemento a tomar en cuenta. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de mayo de 2014, en razón a la demanda de inconstitucionalidad presentada respecto a varios aspectos de LSC, entre ellos los referidos a las restricciones en materia de negociación colectiva. El máximo intérprete de la constitución en sentencia recaída en el expediente N° 00018-2013-PI/TC ha emitido su pronunciamiento declarando fundada en parte la demanda (...).*

*Agregando más adelante:*

*En los demás extremos de la demanda, no se ha alcanzado los cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por lo que la demanda es INFUNDADA en dichos extremos, como prevé el segundo párrafo del artículo 5 precitado<sup>(16)</sup>.*

39. *Es decir, la demanda fue declarada infundada respecto a las restricciones en materia de negociación colectiva contenidas en la LSC, por aplicación del segundo párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ante la ausencia de un voto calificado de los magistrados, y por tanto, la LSC ha quedado convalidada en dichos extremos por el Tribunal Constitucional.*

---

(14) Párrafo 8.

(15) NEVES MUJICA, Javier (2014).

(16) Énfasis añadido por el autor.

*Por lo que consideramos que al margen de la coherencia jurídica de dicho pronunciamiento, habiendo el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la constitución, validado la constitucionalidad de la LSC, no es posible inaplicar dicha norma pues el lo iría en contra de la garantía del control de constitucionalidad y la seguridad de nuestro sistema jurídico. Solo un nuevo criterio del Tribunal Constitucional podría corregir lo establecido por este y no un fallo arbitral, a riesgo de crear una incoherencia jurídica.*

Podríamos resumir la posición expresada por los dos profesores en los siguientes argumentos:

- Se afirma, sin mediar cuestionamiento, que nos encontramos ante una sentencia.
- Que dicha sentencia confirma, ratifica, convalida, la constitucionalidad de la norma impugnada, debido a que esta interpretación conforme proviene del máximo intérprete de la constitución.
- Que ni los jueces ni los árbitros pueden, en adelante, dejar de aplicar la ley y, por consiguiente, el control difuso (para conceder aumentos salariales) queda descartado bajo sanción de nulidad.
- Que la sentencia tiene calidad de cosa juzgada y su desobediencia afectaría la seguridad jurídica. Incluso –en la posición de Blancas– ni el tribunal constitucional podría decidir cosa distinta en otras sentencias pendientes de emisión.

Llama la atención que ambos autores afirmen, de un lado, que nos encontramos ante una sentencia (formal) y que este conlleva la convalidación o confirmación de la constitucionalidad de la ley impugnada. Esta es, me parece, una posición formalista que ve en la **razón de relatoría** una formal sentencia y extrae de ella la convalidación de la constitucionalidad de la norma aun cuando, evidentemente, se trataría de una sentencia ficta o vacía. Y todas las consecuencias jurídicas no derivan de la autoridad argumentativa de la sentencia (que es inexistente), sino de la mera autoridad de donde proviene –el tribunal constitucional– aun cuando este no haya dicho, en estricto, nada.

Claramente se puede apreciar que esta posición es opuesta a la que planteo en la presente tesis y, a su desarrollo, paso a continuación.



### III. PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS SENTENCIAS FICTAS Y DESESTIMATORIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como he anunciado mi tesis es que el Derecho en un Estado Constitucional como actividad argumentativa exige al Tribunal Constitucional interpretar explícitamente (positivamente) siempre, pues sus límites y el control ciudadano al que se somete responderán, siempre, a la corrección de las razones que exponga. Para situar en perspectiva la propuesta haré una presentación breve del proceso de inconstitucionalidad peruano. Luego analizaré los posibles contenidos mínimos de una sentencia de inconstitucionalidad y el rol interpretativo del Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho. Y de allí pasaré al estudio de la cosa juzgada constitucional y del precedente como *ratio decidendi*.

#### 1. El proceso de inconstitucionalidad peruano

El proceso (o acción) de inconstitucionalidad en el Perú está regulado en el artículo 103 y, principalmente, en el Título V, De las garantías constitucionales, de la Constitución. También, en el Código Procesal Constitucional. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>(17)</sup> regula el funcionamiento de este importante órgano y, entre otras disposiciones, establece el cuórum necesario para adoptar la declaración de inconstitucionalidad.

En líneas muy generales tenemos que, conforme al artículo 200.4 de la Constitución, la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas con rango de ley que contravienen la Constitución ya sea por la forma o por el fondo. El artículo 103 precisa que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley es dejarla sin efecto, lo cual ocurre, a tenor del artículo 204, al día siguiente de haber sido publicada la sentencia en el diario oficial, sin tener efecto retroactivo. Asimismo, el artículo 202 señala que su conocimiento corresponde al Tribunal Constitucional en instancia única<sup>(18)</sup>.

---

(17) Ley Nº 28301 del 23 de julio de 2004.

(18) El artículo 81, primer párrafo, del Código Procesal Constitucional reitera estas ideas: “Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el diario oficial *El Peruano* y producen efectos desde el día siguiente de su publicación”.

Asimismo, para los fines del presente documento se tendrá presente dos disposiciones del Código Procesal Constitucional: el artículo 82 que regula la cosa juzgada en los procesos de inconstitucionalidad y el artículo VI del Título Preliminar sobre el control difuso de constitucionalidad de las leyes.

El artículo 82 regula la cosa juzgada en los procesos de inconstitucionalidad señalando que cuando estas quedan firmes tienen autoridad de cosa juzgada, “por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”. Agrega que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo correspondiente.

Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar precisa, ante la posibilidad del control difuso que “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. Agregando: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Finalmente, en cuanto al cuórum para formar sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige cinco votos conformes. “De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad”.

## **2. Contenido mínimo de una sentencia de inconstitucionalidad y el rol interpretativo del Tribunal Constitucional**

Es una obviedad afirmar que el contenido formal mínimo de una sentencia de inconstitucionalidad (y de cualquier sentencia) es tripartito y que está conformado por: i) los antecedentes del caso, ii) la fundamentación de la decisión y iii) el fallo (la decisión o *decisum*) presentados como un todo con pretensión de congruencia. Esta, podría decirse, constituiría la forma común, ordinaria o típica de confeccionar una sentencia. Subyacen a esta forma dos ideas que considero son tributarias del rol interpretativo del Tribunal Constitucional desde la perspectiva argumentativa del derecho: la idea de consenso mayoritario sin la cual no podría pasarse a elaborar la sentencia, y la de proyección

de corrección del Derecho para casos futuros que legitima al tribunal y a los jueces del caso futuro<sup>(19)</sup>.

Un modelo detallado del contenido de la sentencia de inconstitucionalidad lo encontramos en México<sup>(20)</sup>. En ese ordenamiento se consignan hasta seis partes, de entre las cuales, cabe resaltar la quinta según la cual la sentencia ha de contener “los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen”<sup>(21)</sup>. Para decidir la causa sobre normas generales (con alcances generales) se requiere una mayoría de ocho votos (de once), de lo contrario se “declarará desestimadas dichas controversias”<sup>(22)</sup>. De la desestimación de la inconstitucionalidad de una ley, no se sigue que la ley sea, en consecuencia, constitucional y, por tanto, de obligatorio cumplimiento erga omnes. Solo cuando la decisión es tomada por la mayoría de ocho votos entonces, allí sí, “las razones [la *ratio decidendi*] contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de

---

(19) Esta idea de *legalità futura* la he encontrado expuesta por Taruffo (2008, p. 207) al exponer sobre el modelo angloamericano de corte suprema.

(20) Para ilustrarme sobre el modelo mexicano he seguido el libro de: Brage Camazano, Joaquín. La acción de inconstitucionalidad. México, D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 191. En especial los capítulos segundo, la acción de inconstitucionalidad como instituto procesal para el control abstracto de la constitucionalidad, y el quinto, el proceso de la acción de inconstitucionalidad.

(21) México regula las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad en el artículo 105 de su Constitución. El artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma que con gran detalle señala las partes de la sentencia en esos casos:

Artículo 41. Las sentencias deberán contener:

- I. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados;
- II. Los preceptos que la fundamenten;
- III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;
- IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada;
- V. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen;
- VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

(22) Cfr. con el segundo párrafo del artículo 42 de la Ley Reglamentaria citada.

los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales<sup>(23)</sup>. Por otra parte, cabe recordar que México, también reconoce a sus jueces el control difuso de constitucionalidad de las normas<sup>(24)</sup>.

Colombia<sup>(25)</sup>, por otro lado, no regula con detalle el contenido de la sentencia de inconstitucionalidad pero deja en claro que esta está compuesta por dos partes: i) los considerandos y ii) las decisiones<sup>(26)</sup>. Estas partes son, además, ineludibles, porque todas las decisiones se toman por mayoría de votos, y el consenso mayoritario para adoptarlas es necesario. Por ello: “[c]uando no se reúna la mayoría necesaria, volverán a discutirse y votarse los puntos en que hayan disentido los votantes<sup>(27)</sup>”. Al igual que México y Perú, Colombia reconoce a sus jueces la facultad de ejercer el control difuso sobre las normas<sup>(28)</sup>.

El ordenamiento peruano, como hemos visto al presentar el proceso de inconstitucionalidad, no recoge un contenido determinado de la sentencia de inconstitucionalidad lo cual no obsta, por cierto, para acoger el contenido mínimo tripartito indicado precedentemente. Es evidente que si se consiguen los votos suficientes a favor de la inconstitucionalidad de una norma, habrá sentencia. El problema surge cuando no se alcanzan los votos para la declaración de inconstitucionalidad y, en consecuencia, se presenta la alternativa de a) elaborar una sentencia que exponga las razones por las cuales la norma es constitucional; o b) desestimar la demanda directamente ante la constatación de la falta de votos para disponer lo contrario. Esto último es lo que sucede con la técnica que he llamado *arme-usted-el-fallo*.

La técnica del *arme-usted-el-fallo* da pie, entonces, a un contenido menor. Según esta –como se puede apreciar en la **razón de relatoría** copiada al inicio– el contenido mínimo pero suficiente de una sentencia de inconstitucionalidad que desestima la demanda sería el fallo, el *decisum*. En este caso no hay consenso,

---

(23) Vid., artículo 43 de la Ley Reglamentaria.

(24) Véase al respecto los artículos 51 III, 52 III, 54 II y 55 II - III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

(25) Para mejor entender el modelo colombiano me ha resultado ilustrativa la Sentencia C-113/93 de la Corte Constitucional (1993), que resolvió la demanda de inconstitucionalidad planteada sobre ciertos artículos del Decreto 2067 de 1991, norma reguladora de los procedimientos ante la Corte Constitucio

(26) El artículo 14 del Decreto 2067 de 1991, Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional señala que los considerandos de la sentencia son aprobados por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional asistentes a las sesiones; mientras que las decisiones son adoptadas por la mayoría de sus miembros.

(27) Vid., artículo 15 del Decreto 2067.

(28) Así conforme al artículo 4 de su Constitución: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...)”

ni siquiera para afirmar la constitucionalidad de la norma impugnada. Evidentemente tampoco podría hablarse de una proyección motivada (la *ratio decidendi*) hacia casos futuros o reguladora de la decisión del resto de órganos jurisdiccionales. En estricto, tampoco hay un fallo puesto por el tribunal, sino un fallo ficto –infundada la demanda– derivado de la circunstancia de no haberse alcanzado los votos suficientes. Es posible, también, pensar en un caso en que el tribunal se limitase, ante la falta de consenso, a declarar simple y llanamente infundada la demanda. En ambos casos nos encontraríamos con una sentencia sin *ratio decidendi*. Una sentencia vacía. La explicación de este modo de proceder podría encontrarse en el siguiente razonamiento:

1. La ley (P) es constitucional o inconstitucional;
2. La ley (P) no ha sido declarada inconstitucional;
3. Entonces, la ley (P) es constitucional<sup>(29)</sup>.

Sin embargo, considero que este razonamiento incurre en una falacia: del hecho que la ley (P) no haya sido declarada inconstitucional, de ahí no se sigue necesariamente que sea constitucional. Esto no niega, por cierto, la presunción de constitucionalidad de las leyes. Porque, justamente, todas las leyes gozan de esta presunción sin necesidad de pasar por un proceso de inconstitucionalidad. Todas las leyes son, presuntamente, constitucionales. Y las leyes sobre las que recae una sentencia vacía que se limita a desestimar la demanda, mantienen la misma presunción, pero no podría afirmarse que, por haber pasado por un proceso de inconstitucionalidad, ahora son necesariamente constitucionales. Solo así cobra sentido el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuando precisa que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad.

La idea de consenso y de proyección de las decisiones a futuros casos permite concluir que la técnica del *arme-usted-el-fallo* es ilegítima en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho porque no da razones. El fallo ficto hace homenaje a una posición formalista que vacía de contenido al rol interpretativo del Tribunal Constitucional. Justamente en los casos difíciles, aquellos que requieren un mayor despliegue argumentativo y justificatorio de las decisiones terminarían siendo resueltos por la inactividad del Tribunal. La falta de consenso sería la mejor

---

(29) Otro modo de presentarlo sería recurriendo a la falacia de la afirmación del consecuente: 1. Si la ley (P) es constitucional, entonces la demanda es infundada. 2. La demanda es infundada. 3. Entonces, la ley es constitucional.

forma de enfrentar un caso difícil, polémico, controversial y rehuir al rol de supremo intérprete de la Constitución. Pero esta técnica es, finalmente, el resultado de la más floja de las interpretaciones que podría darse a la norma del consenso mayoritario contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Esta norma establece que “[d]e no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad”. Entre la alternativa de admitirse i) la sentencia ficta o ii) o la sentencia expresa, el rol interpretativo del Tribunal Constitucional, sin duda, lleva a optar por la segunda.

### 3. La cosa juzgada

Siguiendo la definición de cosa juzgada que nos da Montero Aroca esta es “un vínculo de naturaleza jurídico-público que obliga a los jueces a no fallar de nuevo lo ya decidido”<sup>(30)</sup>. Consistente con esta idea básica de cosa juzgada tenemos los incisos 2 y 13 del artículo 139 de la Constitución peruana. El inciso 2 señala que es principio y derecho de la función jurisdiccional que ninguna autoridad “pued[a] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, (...), ni modificar sentencias(...)”. Lo cual se traduce en, inciso 13: “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)”. que, de otro modo, implicaría dejar sin efecto o modificar sentencias firmes.

El concepto de cosa juzgada nos remite a dos consecuencias: la irrevocabilidad de la sentencia firme<sup>(31)</sup>; y, la ineficacia de una segunda decisión (de cualquier autoridad) dirigida a alterar o anular la primera.

La irrevocabilidad de la sentencia firme significa, en primer lugar, su ejecución. La autoridad de la cosa juzgada determina la firmeza de la decisión y, por consiguiente, su eficacia directa e inmediata será la ejecución de esta. En ese sentido, en el caso de la acción de inconstitucionalidad, el primer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Constitucional concluye que, por la autoridad de la cosa juzgada, la sentencia firme vincula a todos los poderes públicos y produce efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. ¿En qué se traduce esto en concreto? Dependiendo del sentido de la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada nos encontraremos en una de las siguientes dos posibilidades:

---

(30) MONTERO AROCA, Juam (2005, p. 121).

(31) Una sentencia resulta firme cuando el sistema procesal ya no admite su impugnación o bien, admitiéndola, no lo ha sido dentro del plazo establecido. En el caso de la acción de inconstitucionalidad, al ser tramitada en instancia única, la sentencia del Tribunal Constitucional es firme, sin perder de vista que podría ser revisada en una instancia supranacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Fundada la demanda: cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Ello significa la expulsión de la norma del sistema jurídico peruano. La deja sin efecto. La anula. En este caso la norma deja de existir a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial. El hecho de que la norma deje de existir por haberse declarado su inconstitucionalidad va a incidir de dos modos:
  - a) Ninguna autoridad y, en particular, ningún juez, podría resolver una causa futura apoyándose en la norma derogada; y,
  - b) Los autores de la norma legal expulsada, por ejemplo, el Congreso, resultarían constreñidos en sus facultades legislativas en tanto no podrían impulsar una norma idéntica a la dejada sin efecto por inconstitucional. Podrían hacerlo, pero, lo previsible sería que el Tribunal Constitucional la interprete del mismo modo que su homóloga.
  
2. Infundada la demanda: cuando la sentencia no declara la inconstitucionalidad de la norma y, por tanto, la norma permanece en el sistema jurídico. Cabe aquí, sin embargo, distinguir dos escenarios:
  - a) Cuando la sentencia declara [expresamente] la constitucionalidad de la norma y, al hacerlo, confirma su validez constitucional. Esta declaración de conformidad implica la afirmación o puesta de una o más lecturas conformes de la ley respecto de la Constitución y, subsecuentemente, la negación de las lecturas no conformes. En este escenario la sentencia si bien desestima la demanda contiene un conjunto de directivas para interpretar o aplicar la ley conforme a la Constitución. Es decir, contiene un precedente, una *ratio decidendi*, en tanto la lectura conforme que surge de la sentencia [es decir, la interpretación que da el Tribunal Constitucional] vincula a todos los poderes públicos<sup>(32)</sup>. Esta es, además, a mi entender,

---

(32) Por otra parte, esta idea del precedente (aunque así no lo llame y se distinga del precedente llamado vinculante) también está recogida en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuando dispone: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

la correcta interpretación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando dispone que, ante la falta de votos para declarar inconstitucional la norma, “el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad”. Es decir, no solo hay necesidad de emitir sentencia cuando se declara inconstitucional la norma impugnada, sino también cuando se declara infundada la demanda porque solo así se confirma su constitucionalidad.

- b) Cuando no se alcanzan los votos para declarar la inconstitucionalidad de la norma y, además, los magistrados no redactan la sentencia desestimatoria. En ese caso el problema se presentará por el valor y significado que se le asigne a la *razón de relatoría* que dé cuenta de este suceso. En un caso así propiamente no hay sentencia, salvo que se entienda que esta puede ser ficta. La demanda será infundada [la norma subsiste], pero la sentencia (ficta) no contiene las razones de su constitucionalidad y, por consiguiente, su validez constitucional no es confirmada. No hay nada, no hay decisión (salvo las respetables opiniones de los magistrados) que ponga, afirme o revele cuál es o cuáles son las lecturas conformes de la ley respecto de la Constitución. En este escenario no hay precedente, no hay *ratio decidendi*.

La irrevocabilidad de la sentencia firme significa, en segundo lugar, su preservación. Su eficacia directa ataca la validez de un segundo proceso idéntico al anterior, preservando la definición de la primera decisión. Un proceso idéntico a otro es aquel, a decir del Código Procesal Civil<sup>(33)</sup>, en el cual las partes, el petitorio y el interés para obrar son los mismos. Esta exigencia necesita ser modulada en el caso de la acción de inconstitucionalidad considerando los efectos generales de la sentencia que, por tanto, excede el ámbito de las partes. Así, en una acción de inconstitucionalidad habrá identidad de procesos cuando uno segundo contenga el mismo petitorio que uno anterior concluido, ya sea porque las razones de fondo, o los vicios formales propuestos son los mismos<sup>(34)</sup>.

---

(33) Véase el artículo 452 del CPC.

(34) Recordemos que la Constitución (art. 200.4) habilita la acción de inconstitucionalidad por razones de forma o de fondo. Por ello el tercer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Constitucional dispone: “La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código”.



La ineficacia del segundo proceso tiene sentido, en la acción de inconstitucionalidad (considerando su alcance general) cuando el primer proceso desestimó la demanda y se busca, en uno segundo, insistir en la inconstitucionalidad de la norma. Desde la mirada de la preservación de la decisión firme, una primera utilidad de esta será la de ayudar a identificar los petitorios idénticos. ¿Cuándo un petitorio es idéntico a otro? En nuestro ordenamiento se distingue entre razones de fondo y vicios de forma. Con lo cual no habrá identidad de petitorios (no habrá cosa juzgada) si el primer proceso atacó solo los vicios formales y, el segundo proceso, se fundamenta en razones de fondo. Pero tampoco habrá petitorios idénticos si las disposiciones concretas impugnadas difieren de un proceso a otro, aun cuando en ambos procesos lo alegado sean razones de fondo o vicios de forma. Un asunto de difícil respuesta sería aquel que distinguiese los petitorios a partir de los argumentos de impugnación opuestos: ¿existiría identidad de petitorios si a pesar de tratarse de la misma disposición impugnada las razones opuestas son distintas? La respuesta más sencilla sería sostener que sí existe identidad, aun cuando en estricta lógica no lo serían. Justamente para evitar ese debate es que la sentencia del Tribunal Constitucional debería ser lo suficientemente exhaustiva como para agotar todos los posibles argumentos de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Ahora bien, considerando que la cosa juzgada constitucional no puede equipararse simple y llanamente a la institución del proceso civil cabe preguntarse si en el caso de la sentencia ficta (donde no habría en estricto una sentencia, sino solo la consecuencia de desestimar la demanda y no expulsar la norma impugnada) se produce también el paso a cosa juzgada. Y entonces, si nos apoyamos en el formalismo (la sentencia ficta) y la mera autoridad del Tribunal Constitucional, entonces tendríamos que concluir afirmativamente; por el contrario, si consideramos que debido al rol interpretativo del Tribunal Constitucional siempre se requiere la expedición de una sentencia que contenga las razones que le dan sustento (*ratio decidendi*) entonces no haría pase a cosa juzgada y el cuestionamiento de inconstitucionalidad podría plantearse nuevamente.

#### 4. El precedente sustentado en la *ratio decidendi* y el control difuso

La figura del precedente que quiero resaltar es la que proviene de la doctrina del *stare decisis*<sup>(35)</sup> según la cual la decisión de un (alto) tribunal vincula, por

---

(35) *Stare decisis et non quieta movere*. Sobre el *stare decisis* como pilar del *Common Law* resulta interesante la presentación del profesor van Caenegem (2011). "Algunos dicen que [la jurisprudencia] tiene la ventaja de la certeza, debido al *stare decisis*: si una corte ha decidido en cierto sentido respecto de un caso, no cambiará esa interpretación del Derecho para otra persona si un caso similar se presenta. Es cierto que este concepto solía ser considerado un principio sagrado del *Common Law* y que los jueces

las razones allí expuestas, a otros tribunales (posteriores o de inferior jerarquía) cuando resuelven un caso semejante.

Mientras que la cosa juzgada es la decisión definitiva que vincula a las partes (y, en el caso de la acción de inconstitucionalidad, su alcance excede al de las partes procesales por ser general), el precedente o jurisprudencia (de observancia obligatoria) es el criterio o razón que sirve para resolver un caso diferente en tanto dicha razón es la misma para la solución del segundo caso. Así, por ejemplo, si el Tribunal Constitucional dice que la lectura correcta de determinada disposición es equis, entonces, los otros órganos jurisdiccionales cuando resuelvan una causa diferente (pero en la que corresponde aplicar la misma disposición) deberán usar el mismo criterio o razón.

Esto es particularmente interesante en lo que se refiere al control difuso<sup>(36)</sup>. Si la norma impugnada fue expulsada del sistema jurídico el problema (posterior)

---

*se encontraban tan comprometidos con esta certeza, que estaban dispuestos a sacrificar a la justicia y la equidad en su altar: era mejor respetar un precedente injusto, e incluso absurdo, en nombre de la seguridad jurídica, pues si los jueces comenzaran a ignorar precedentes o incluso a derogarlos, uno de los pilares del Common Law, posiblemente el más importante de ellos, sería demolido. Es bajo esta luz que uno puede entender la decisión tomada por la Casa de los Lores a finales del siglo XIX de considerarse limitados por su vinculación a sus propios precedentes. Sin embargo, no todos los jueces están de acuerdo con este punto de vista; algunos alegan que la justicia debe siempre prevalecer sobre la certeza o que, como lo puso uno de ellos en el siglo XVII, un juez no debe respetar un precedente errado porque eso significaría "causarle un daño a todo hombre que tuviera una causa similar, por el hecho que se le causó un daño a otro anteriormente". Ya se ha señalado que Lord Denning fue un gran partidario de este enfoque, y que la Cámara de los Lores cambió en 1966 su posición y ahora se siente en la capacidad de revertir sus propios precedentes. Puede ser que el hecho que (algunas) cortes ya no se consideren vinculadas a precedentes que en nuestro tiempo son considerados injustos, incluso cuando parecieron perfectamente justos en el momento en el que fueron establecidos por primera vez, sea una victoria para la justicia y la flexibilidad, pero es un duro golpe para la certeza. En muchos casos, por supuesto, el principio de *stare decisis* sigue siendo la regla general, pero uno no puede estar absolutamente seguro que la Corte no derogará el precedente por alguna razón que en este momento considera imperativa. Es desconcertante encontrar que una escuela del pensamiento elogia a la jurisprudencia por su certeza, mientras que otra lo hace por su flexibilidad (este último punto es enfatizado particularmente por los adversarios de la codificación). Las cosas tampoco se hacen más fáciles por el hecho que algunos jueces consideren, como se ha señalado anteriormente, que rara vez es difícil sortear un precedente cuando este parece representar un obstáculo para una sentencia que consideran deseable. La siguiente cita de Lord Denning le dará al lector algo respecto de lo cual pensar: "La verdad es que el Derecho es incierto (...) nadie puede decir cuál es la interpretación correcta del Derecho hasta que la Corte la decide. Los jueces efectivamente crean Derecho todos los días, incluso cuando parece una herejía admitirlo". (...)". (van Caenegem, 2011, pp. 141-14).*

- (36) Guastini (2014, p. 315) lo presenta del siguiente modo: "Si, por el contrario, el control sobre las leyes es difuso, entonces, en principio, todo juez es competente para aplicar las normas constitucionales en cuestión. A pesar de esto, siempre que el control difuso se combine con el principio de common law del precedente vinculante 'vertical', como sucede (por ejemplo) en los Estados Unidos, el tribunal supremo dispone prácticamente del mismo poder que un tribunal constitucional. En efecto, incluso si, en principio, una decisión suya de inconstitucionalidad produce solo efectos *inter partes*, válidos solo para la controversia específica en la que es pronunciada, su interpretación de la constitución es al mismo tiempo vinculante para los jueces inferiores, que estarán por tanto obligados a considerar también el lo inconstitucional la ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema". (Las comillas pertenecen al autor).

del control difuso no existe porque simplemente la norma, al quedar sin efecto, anulada, ya no podría ser aplicada. Pero, si la norma no fue expulsada ¿podrían los jueces realizar control difuso?

Al respecto, el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional dispone que:

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.

Esta disposición merece dos interpretaciones: la primera según la cual la confirmación de la constitucionalidad puede ser expresa o ficta; y la segunda que solo admite la confirmación expresa de constitucionalidad. La confirmación expresa ocurre, como hemos visto, cuando el Tribunal Constitucional pone, afirma o revela las razones de constitucionalidad de la norma; mientras que la confirmación ficta se produciría cuando no se alcanzan los votos suficientes para formar sentencia estimatoria y la demanda de inconstitucionalidad es declarada infundada sin contener, por tanto, ninguna *ratio decidendi*. Ya he señalado que esta alternativa responde a una interpretación equivocada del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; sin embargo, es una práctica que se ha venido dando y, por consiguiente, corresponde darle una respuesta que reivindique el rol interpretativo del Tribunal Constitucional.

Entre ambas lecturas debemos optar por aquella interpretación que mejor maximice los principios y valores constitucionales y, en consecuencia, cabe rechazar aquella que admite la confirmación ficta pues, en ese caso, la confirmación termina siendo una fórmula vacía que no contiene ninguna razón o motivo de corrección de la norma impugnada. Si bien la norma se reputa existente y no sale del ordenamiento jurídico, ello no implica que sea válida (que sea conforme con la Constitución), pues justamente no se ha expresado ninguna razón que confirme su validez constitucional. Si nos preguntásemos ¿qué ha confirmado el tribunal? ¿Qué criterio de validez ha expuesto?

¿Cuáles son las directrices a observar en futuros casos? ¿Cuál es el precedente? La respuesta es sencillamente nada, ninguna.

Desde esta perspectiva los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuando su constitucionalidad ha sido confirmada expresamente por el Tribunal Constitucional, en tanto lo que aplica el juez para resolver las causas son esas razones (la *ratio decidendi*) que le dan un determinado significado a las normas.

En otras palabras, cuando la demanda de inconstitucionalidad es declarada infundada sin procederse, luego, a elaborar una sentencia en su debida forma, no se produce la confirmación de validez de la norma, no hay precedente y, por consiguiente, los jueces ordinarios (civiles, laborales, etc.) se encuentran habilitados para efectuar el control de constitucionalidad de las leyes y exponer las razones de validez (o invalidez) de las normas. De este modo, si bien la norma se mantiene vigente, en el caso concreto futuro puede ser inaplicada por el juez ordinario que recién, en esa oportunidad, presenta las razones de validez o invalidez de las normas, lo cual es propio del Estado Constitucional de Derecho.

Desde la mirada del Estado Constitucional de Derecho por contraposición al Estado Legislativo de Derecho el sistema jurídico gira en torno a la Constitución y los principios y valores que recoge. Una diferenciación que, en consecuencia, se hace necesaria es aquella que distingue entre vigencia y validez de la norma<sup>(37)</sup>. Una norma es vigente cuando ha sido producida conforme a las pautas señaladas en el ordenamiento. Su efecto práctico es su eficacia, es decir, que resulta exigible y “debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho<sup>(38)</sup>”.

Ahora bien –dice Rubio– “[p]uede por tanto suceder que una norma vigente, y por tanto eficaz, tenga algún vicio jurídico que debiera conducir a que no sea aplicada. Para evitar la eficacia, esto es, la exigibilidad de una norma jurídica vigente porque atenta contra el Derecho, debemos recurrir al concepto de validez<sup>(39)</sup>. Así, una norma legal para ser válida debe guardar coherencia y compatibilidad con los principios y valores constitucionales cuyo control corresponde a los jueces, a través del control difuso, o al Tribunal Constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad, y ello exige, expresar, afirmar, poner, revelar, las razones de la validez o invalidez. Lo contrario, la decisión vacía, caería en la arbitrariedad (y el autoritarismo) de la sin razón.

Asimismo, debe tenerse presente que el control de constitucionalidad (concentrado o difuso) recae sobre las normas y no sobre las disposiciones en el sentido siguiente:

---

(37) El Tribunal Constitucional lo dice del siguiente modo en la STC Exp. N° 00014-2003-AI/TC, fundamento 15, segundo párrafo:

“Desde esta perspectiva, la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al Derecho vigente que determina el *iter* de formación de esa norma jurídica, esto es, que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico”. Segundo párrafo, fundamento 15, STC Exp. N° 00014-2003-AI/TC.

(38) RUBIO CORREA, Marcial. (2005, p. 9).

(39) Ídem.

La disposición es el texto o “conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal<sup>(40)</sup>”; mientras que el enunciado normativo o norma es “la significación que se le asigna<sup>(41)</sup>”. Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, en la página 257 expresan esta consideración en los siguientes términos:

“El objeto del litigio constitucional son las normas y no las disposiciones legales, o, más claramente: las posibles interpretaciones de estas.

En él se controvierte la validez del texto, pero a través de la eficacia que adquiera por su interpretación, supuestamente transgresora de las normas constitucionales –o sea, del significado que se dé a ese parámetro de control–. Lo que contraviene la Constitución es el significado que se otorgue a la disposición, no su fórmula textual, porque esta no puede tener vida práctica si no es interpretada”.

Si la tarea de interpretación del Tribunal Constitucional consiste en desentrañar y poner el significado normativo de la disposición impugnada, cuando no lo hace, por ejemplo, por no elaborar, en debida forma, una sentencia desestimatoria, no surge entonces un significado normativo, no hay precedente, no hay *ratio decidendi* y no hay, por tanto, nada que otro órgano jurisdiccional deba obedecer bajo el argumento de la fuerza del precedente (que no tiene, que, en estricto, no existe)<sup>(42)</sup>.

## 5. El control difuso y la STC Exp. Nº 02132-2008-PA/TC

Como se ha visto el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil manda a los jueces ordinarios a observar inexorablemente la norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en el respectivo proceso constitucional.

En la STC Exp. Nº 02132-2008-PA/TC el Tribunal Constitucional estableció los criterios para aplicar el control judicial difuso<sup>(43)</sup>. No dijo, de manera clara

---

(40) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén. (2009, p. 257).

(41) Ídem.

(42) Emilio Garrote llama la atención en la diferencia (muchas veces desapercibida) entre aplicar e interpretar una ley. Él nos dice que:

“El juez a la hora de determinar lo justo para el caso concreto mediante la aplicación de la ley, no solo la aplica sino que además la debe interpretar. Independiente del tiempo y talento invertido en la producción de normas claras y unívocas, muchas normas jurídicas admiten más de una lectura. Como bien señala Hernán Hormazábal: “Cuando un juez aplica un precepto legal a un caso concreto, previamente lo ha de interpretar. No puede haber aplicación sin una previa interpretación”. La inaplicabilidad implica un juicio de constitucionalidad respecto de la aplicación de un precepto legal al caso particular, lo que se traduce necesariamente en un enjuiciamiento de la interpretación de la norma” (Garrote Campillay, 2012, pp. 416-417).

(43) Allí estableció los siguientes criterios:

y distinta, si la confirmación de constitucionalidad exige declaración expresa o si da lo mismo que sea ficta como cuando la demanda es declarada infundada y no se elabora la sentencia desestimatoria y no existe, por tanto, un pronunciamiento sobre las directivas de validez de la norma impugnada.

Sin embargo, podría concluirse que sí considera la necesidad de pronunciamiento expreso en dos párrafos: en el párrafo 21, cuando alude a la necesidad de verificar la inexistencia de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional “cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad”; y, en el párrafo 26, donde exige al juez ordinario verificar si la norma legal es manifiestamente incompatible con la Constitución, lo cual solo sería innecesario cuando exista pronunciamiento expreso de las razones de constitucionalidad de la norma impugnada.

#### IV. CONCLUSIÓN

La tesis que vengo sosteniendo es que al Tribunal Constitucional le corresponde el deber de interpretar las normas impugnadas explícitamente (positivamente) siempre. Sin excusas. Así, la posibilidad de la sentencia ficta debe ser descartada.

Para llegar a esta conclusión parto de una posición pacífica y muy extendida según la cual el rol sustancial, la razón de ser del Tribunal Constitucional es –valga el pleonismo– interpretar la Constitución. Es su supremo intérprete<sup>(44)</sup>. Y esta suprema interpretación debe ser, además, en clave de garante de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales<sup>(45)</sup>.

Parece obvio, en consecuencia, que esa tarea interpretativa la realiza el Tribunal Constitucional al expedir sus sentencias. El Tribunal Constitucional no

- 
1. Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional;
  2. Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso;
  3. Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley;
  4. Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control;
  5. Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad; y,
  6. Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de esta al caso concreto.
- (44) Cfr. con los artículos 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301; y I del Reglamento Normativo del TC.
- (45) Cfr. artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

absuelve consultas de los poderes públicos o de los particulares, sino que resuelve casos declarando derecho, ya sean con efecto solo entre las partes (p. ej. en una acción de amparo), o *erga omnes* (como en las acciones de inconstitucionalidad). Es claro, entonces, que esas decisiones tienen que ser explícitas porque es imperativo que el Tribunal comunique las razones que justifican su decisión. De lo contrario, su decisión sería arbitraria.

A pesar de la claridad –y obviedad– de lo dicho, en el caso de las decisiones de inconstitucionalidad –aun cuando su importancia es incuestionable– este no ha sido el modo corriente de obrar, tal como da cuenta el caso expuesto desde el inicio: en los procesos de inconstitucionalidad en los que no se llegó a formar una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, tampoco se consiguió confeccionar una sentencia desestimatoria que, en consecuencia, confirme –con razones– la constitucionalidad de la norma impugnada.

Al parecer, este modo de obrar afirmando la existencia de sentencias fictas que desestiman las demandas de inconstitucionalidad se origina en la aplicación de una lógica procesal muy evidente, al punto de constituirse en una perogrullada: si una demanda es declarada fundada es porque su pretensión ha sido afirmada en juicio, en caso negativo, será infundada. Si aplicamos esta misma lógica al proceso de inconstitucionalidad tendríamos que la demanda será fundada si la pretensión de inconstitucionalidad de la ley es afirmada por el Tribunal Constitucional, de lo contrario, será infundada.

Pero aquí encuentro un error. La validez de la lógica procesal se sustenta en el carácter binario de la decisión judicial. Un juez en cualquier proceso, o afirma la pretensión (fundada la demanda), o la niega. Pero ningún juez emite una sentencia ficta. No hay ningún caso judicial en que la decisión del juez sea ficta por falta de convencimiento sobre la pretensión deducida en juicio. Toda decisión judicial –afirmando o negando la pretensión– es expresa.

Por tanto, cuando al proceso de inconstitucionalidad se aplica lisa y llana la lógica binaria del proceso civil se incurre en una falacia. En el proceso de inconstitucionalidad no cabe aplicar la lógica binaria porque existe una tercera posibilidad: la falta de consenso para estimar la demanda. En consecuencia, del hecho que la demanda sea considerada infundada no necesariamente se sigue, que la norma impugnada, sea constitucional. Como ocurre en el caso mexicano.

Esta falacia, a su vez, termina apoyando una posición formalista, vacía y meramente autoritativa del Tribunal Constitucional. Un tribunal que no se legitima en sus razones, sino en las consecuencias de sus silencios. Pero su silencio, no puede ser considerado una decisión porque, por lo menos desde su rol interpretativo,

para que sea una decisión esta debe tener una entidad positiva, concreta. Tiene que ser un decir derecho.

Asimismo, si se admitiese como válido el actuar silencioso del Tribunal Constitucional ¿para qué habría proceso de inconstitucionalidad? Afirmar o negar la constitucionalidad de una ley tiene que ser una actuación positiva porque, de lo contrario, no existiría ninguna diferencia entre una norma impugnada y una no impugnada. Si una norma es impugnada por inconstitucionalidad, sin duda, nos remite a un caso difícil. Es obvio que no todas las normas se impugnan, sino solo un grupo muy pequeño. Es, por tanto, un caso que, por diferentes razones, genera discrepancias que merecen un pronunciamiento claro, tanto para afirmar o confirmar su constitucionalidad como, evidentemente, para negarla. Así, dejar el caso sin resolver expresamente es una irresponsabilidad y una claudicación del rol interpretativo, pero además, un homenaje al Estado legalista porque, al margen de la presunción de constitucionalidad de las leyes, resulta que la constitucionalidad de las mismas sería confirmado sin que haya pronunciamiento alguno. Y así, la ley sería constitucional no por su conformidad con el ordenamiento, sino simplemente porque es la ley. Pero para eso no era necesario un proceso de inconstitucionalidad porque, ya lo sabemos, toda ley se presume constitucional.

Una última reflexión. Como lo anticipé, el caso materia de análisis fue resuelto con el silencio del Tribunal Constitucional y la posición mayoritaria de la doctrina entendió que las normas que prohibían el incremento de remuneraciones vía la negociación colectiva en el Sector Público resultaban siendo constitucionales y ningún juez o árbitro podía, en adelante, inaplicarlas. Recientemente, el pasado 18 de setiembre de 2015, el Tribunal Constitucional ha publicado una sentencia<sup>(46)</sup> en la cual declara inconstitucional dicha prohibición y ha expuesto *in extenso* las razones de su decisión.

En consecuencia, parece claro que en la interpretación del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público corresponde tener presente la *ratio decidendi* expuesta en esta última sentencia.

---

(46) STC Exps. N°s 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC y 00023-2013-PI.



## REFERENCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. *La Constitución del Estado constitucional*. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo 2. Palestra; Temis. Bogotá, Lima, 2004.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Efectos sobre la negociación colectiva de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00018-2013-PI/TC*. Lima, junio, 2012 (I. 014-2014/E.CBB). Informe técnico.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas N° 191. UNAM. México, D.F. 1998.

CAENEGEM, R.C. van. *Jueces, legisladores y profesores: fases de la historia jurídica europea*. Palestra Editores, Lima, 2011

CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia. Sentencia C-113/93. Marzo, 1993.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén. *Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Año 15, 2009.

GARROTE CAMPILLAY, Emilio Alfonso. *Cosa juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad*. Estudios Constitucionales, N° 2. Año 10, 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional I. Parte General*. 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

NEVES MUJICA, Javier. *Laudo arbitral. Programa de Gobierno Regional de Lima Metropolitana*. Noviembre, 2014.

RUBIO CORREA, Marcial. “La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Thémis*. Revista de Derecho, N° 51, 2005.

TARUFFO, Michele. En: *La prueba, artículos y conferencias*. Metropolitana, Monografías Jurídicas Universitas, Santiago de Chile, 2008.