TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 2

EXP. N.° 03908-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL (PROVIAS NACIONAL)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, que se acompañan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional) contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 49 del cuaderno de apelación, su fecha 23 de noviembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, solicitando que se declare nula y se suspenda los efectos de la Resolución N.° 12, de fecha 15 de marzo de 2006, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provias Nacional y ordenó que lo reponga en su puesto de trabajo.

Sostiene que la resolución cuestionada vulnera sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y de defensa, debido a que la sentencia de la Sala emplazada omite fundamentar por qué se aparta del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0206-2005-PA/TC, que señala que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo, y no el proceso de amparo. Agrega que al haberse resuelto la pretensión de reposición de don Jesús Ponce Failoc en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.° 2005-1640-0-1701-J-CI-3, la sentencia de la Sala emplazada ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0206-2005-PA/TC y la sentencia de la Segunda Sala Laboral dictada en el Exp. 1853-2004-BE(S), que dispuso que don Jesús Ponce Failoc hiciera valer su derecho en la vía correspondiente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 3

La Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con fecha 10 de julio de 2006, declara improcedente la demanda, por considerar que la sentencia emitida en el primer proceso de amparo ha sido emanada dentro de un proceso regular.

La Sala superior revisora confirma la apelada, por estimar que el precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0206-2005-PA/TC permite que se pueda acudir al proceso de amparo cuando se demuestre la falta de idoneidad del proceso contencioso administrativo o la urgencia del caso.

FUNDAMENTOS

§.1. Delimitación del petitorio y las materias a tratar

1. La demanda de amparo tiene por objeto que se declare la nulidad de:

a. La Resolución N.º 12, de fecha 15 de marzo de 2006, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-1640-0-1701-J-CI-3, en la que se declara fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provias Nacional, y se ordena que cumpla con reponerlo en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar nivel o categoría.

2. En su demanda, Provias Nacional alega que la sentencia cuestionada ha vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que:

> "(...) SE APARTA DE PRECEDENTE VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 28.11.2005 DEL CASO DE CÉSAR ANTONIO BAYLÓN FLORES, CONTRA LA E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., Y OTRO, SOBRE ACCIÓN DE AMPARO, Expte. Nº 0206-2005-PA/TC (...)"[sic].

3. Así visto, en el presente caso se tiene un proceso de "amparo contra amparo" donde, además, existe una estimación total de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia. Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si la demanda cumple los presupuestos para la procedencia del "amparo contra amparo" expuestos en el fundamento 39 de la STC 4853-2004-PA/TC. de ser así, habrá de analizarse, si la sentencia cuestionada contraviene el precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC.

4. Previamente, este Tribunal Constitucional considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, evaluar si las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC cumplen, o no, los presupuestos para dictar un precedente previstos en la STC 0024-2003-AI/TC, y reiterados en la STC 03741-2004-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 4

§.2. Las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente y los presupuestos previstos en la STC 0024-2003-AI/TC

5. De acuerdo con la STC 0024-2003-AI/TC, los cinco presupuestos básicos que deben observar las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el fondo para la aprobación de un precedente vinculante, son:

a La existencia de interpretaciones contradictorias.
b La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.
c La necesidad de llenar un vacío legislativo.
d La corroboración de normas que sea susceptibles de ser interpretadas de manera diversa.
e La necesidad de cambiar un precedente vinculante.

6. Teniendo en cuenta que los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante pueden ser cumplidos de manera alternativa, este Tribunal Constitucional constata que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante, por las siguientes razones:

a. En la *praxis* judicial no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202.° de la Constitución, ni del artículo 18.° del Código Procesal Constitucional, pues de manera clara y legítima el constituyente y el legislador determinaron que la expresión "resoluciones denegatorias" hace referencia a las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda sea de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento. Por ello, la interpretación pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional sólo conoce las resoluciones denegatorias de segundo grado.

b. Asimismo, tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, pues en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC nunca se señala ello. Además, en la *praxis* del Tribunal Constitucional tampoco se ha constatado algún caso en que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad y que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión "resoluciones denegatorias".

Prueba de ello es que en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC no se menciona ni a modo de ejemplo un caso en que se haga evidente que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión "resoluciones denegatorias".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 5

c. Tampoco existía ningún vacío legislativo, ya que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional tienen contemplados de manera precisa los casos en los que es posible interponer un recurso de agravio constitucional. Ello quiere decir que un precedente vinculante no puede reformar el texto expreso de la Constitución, pues ésta únicamente puede ser reformada siguiendo el procedimiento previsto en su artículo 206°. Además, de acuerdo al principio de interpretación conforme a la Constitución, el recurso de agravio constitucional sólo procede contra resoluciones denegatorias de segundo grado y no contra resoluciones estimatorias de segundo grado, pues para éste supuesto procede en todo caso el inicio de un nuevo proceso constitucional.

d. No se constata tampoco interpretaciones diversas del inciso 2) del artículo 202.° de la Constitución o del artículo 18.° del Código Procesal Constitucional. Muy por el contrario, lo que se advierte es que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC ha sido concebido en abierta contradicción con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y los presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante establecidos en la STC 0024-2003-AI/TC.

e. Y, por último, el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC tampoco se estableció con la finalidad de cambiar algún precedente vinculante preexistente.

7. Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC omitió lo precisado por este Tribunal en el fundamento 46 de la STC 3741-2004-AA/TC, en el que señala que "la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones", pues "el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos".

Teniendo presente ello, este Tribunal considera que mediante el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC se impuso una determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión "resoluciones denegatorias" para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía recurso de agravio constitucional, a pesar de que el constituyente y el legislador como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión sólo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado. Además, debe resaltarse que la expresión "resoluciones denegatorias" había adquirido consenso en el constituyente y en el legislador, pues tanto en el inciso 2) del artículo 202.° de la Constitución como en el artículo 18.° del Código Procesal Constitucional se especifica de manera clara el significado de la expresión "resoluciones denegatorias", al señalarse que contra las resoluciones de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda de hábeas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 6

corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento procede el recurso de agravio constitucional.

8. Por estas razones, el Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, decide dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC. Por tanto, cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional, pues el constituyente en el inciso 2) del artículo 202.° de la Constitución y el legislador en el artículo 18.° del Código Procesal Constitucional han precisado que la expresión "resoluciones denegatorias" sólo comprende las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y que por ende, solo contra ellas procede el recurso de agravio constitucional, mas no contra resoluciones estimatorias de segundo grado.

9. En este orden de ideas, también debe señalarse qué sucederá con aquellos recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que se encuentren en trámite y han sido concedidos por el Poder Judicial, así como con el cómputo del plazo de prescripción para interponer un "amparo contra amparo", un "amparo contra hábeas corpus", un "amparo contra hábeas data", o un "amparo contra cumplimiento". En este sentido, es oportuno precisar las siguientes reglas procesales a seguir:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.

c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 7

§.3. Análisis de la controversia

10. Como se ha señalado en los fundamentos precedentes, este Tribunal en la STC 4853-2004-PA/TC ha establecido cuáles son las nuevas reglas que el juez constitucional debe observar para la procedencia, por única vez, de una demanda de "amparo contra amparo". En este sentido, corresponde determinar si se está ante una *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, atendiendo a que la ahora entidad demandante aduce que ha sido dictada en contravención del precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC, que establece que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público es el proceso contencioso administrativo.

11. Con relación a ello, debe señalarse que la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc fue presentada con fecha 29 de marzo de 2005, mientras que conforme al propio precedente que se invoca, éste entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, lo que ocurrió con fecha 22 de diciembre de 2005.

12. Siendo esto así, resulta de aplicación al presente caso la regla procesal establecida en calidad de precedente vinculante en la STC 3771-2004-HC/TC, conforme a la cual las normas procesales tienen aplicación inmediata siempre que de su aplicación no se desprenda una mayor restricción o menoscabo a los derechos en cuestión. En tal sentido este Colegiado estableció, con relación a la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que establece la aplicación inmediata de las disposiciones del proceso constitucional incluso a situaciones en trámite, que *"(...) que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto"*.

13. Siguiendo dicho razonamiento, los precedentes vinculantes que consagra este Tribunal, en cuanto establecen reglas procesales para la admisión o rechazo de pretensiones, deben aplicarse incluso a procesos en trámite, siempre que de su aplicación no se desprenda algún menoscabo a la tutela judicial efectiva o al derecho de acceso a los órganos de la justicia constitucional.

14. Debe tenerse en cuenta además que en el caso de autos las instancias judiciales, al estimar la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc, determinaron, sin que ello haya sido desvirtuado por la parte recurrente; a) que el referido trabajador había prestado servicios en calidad de servidor público en forma continua, bajo dependencia y siguiendo un horario de trabajo y bajo el régimen laboral de la actividad pública, por un periodo de 3 años y 8 meses; b) que resultaba de aplicación al caso, la protección que le otorga el artículo 1° de la ley N°

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 8

24041; c) que en consecuencia, no podía ser despedido sino con causa justificada y siguiendo el procedimiento establecido en la ley; d) que al haberse procedido a despedirlo de manera unilateral, se han violado los derechos del referido trabajador a la debida protección contra el despido arbitrario, así como sus derechos al trabajo y al debido proceso, por lo que ordenaron su reposición.

15. En consecuencia, este Tribunal concluye que en el caso de autos, no sólo no se ha podido acreditar ninguna violación de los derechos que invoca el recurrente, sino que además la interposición de un nuevo proceso de amparo para desacatar una sentencia estimatoria que ordenó la reposición de un trabajador arbitrariamente despedido de su puesto de trabajo, constituye un claro intento por desatender los mandatos judiciales que se dictan en defensa de los derechos fundamentales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.

2. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-PA/TC, que estableció las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.

3. **ESTABLECER** las siguientes reglas procesales:

a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.

b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del precedente.

c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.

4. Remitir copia de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, a la Presidencia del Poder Judicial, a efectos de que se adopten las medidas necesarias para su fiel cumplimiento.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 9

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 10

EXP. N.° 03908-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL (PROVIAS)

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por la opinión vertida por nuestros colegas magistrados emitimos el siguiente voto singular, por cuanto no concordamos con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría, referidos al cambio del precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC.

1. La sentencia en mayoría (FJ 4) considera pertinente, antes de ingresar al fondo de la controversia, verificar si el precedente vinculante establecido mediante el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC, se dictó cumpliendo los presupuestos para dictar un precedente "establecidos" en la STC 0024-2003-AI/TC y "reiterados" en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-PA/TC. Según la mayoría, para que se establezca un precedente vinculante debe cumplirse los siguientes presupuestos:

   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 se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

2. Consideramos que lo primero que debe determinarse es si estos "presupuestos", en realidad, se constituyen como tales. Al respecto, es lugar común distinguir, en una sentencia constitucional, los argumentos que tienen la calidad de *obiter dicta*, de aquellos que en estricto son *ratio decidendi*, además del *decisum*. En la jurisprudencia de este Colegiado, además, reiteradamente se ha sostenido que lo que vincula es tanto la *ratio decidendi* como el *decisum*. Ahora bien, a nuestro juicio, los presupuestos, antes mencionados, de la STC 0024-2003-AI/TC no constituyen *ratio decidendi*, sino *obiter dicta*.

3. Un criterio válido para distinguir entre los argumentos que constituyen *obiter dicta* y *ratio decidendi* es verificar si, al omitirse determinados argumentos, se altera la

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 11

coherencia interna de la sentencia y, por ende, inclusive el sentido del *decisum*. Si ello sucede, los argumentos omitidos constituyen *ratio decidendi*. Por el contrario, si la omisión no afecta a la sentencia en su fortaleza argumentativa y, pese a la omisión de algunos argumentos, el fallo permanece inalterable, estaremos ante argumentos de carácter *obiter dicta*. Aplicando este criterio, debe determinarse el carácter de los argumentos de la STC 0024-2003-AI/TC (referido a un tema de demarcación territorial), en los cuales supuestamente se recogen los presupuestos vinculantes para el establecimiento de un precedente vinculante.

4. Si se analiza detenidamente esta sentencia es fácil apreciar que todos los considerandos expresados antes del fundamento 1 constituyen indudablemente *obiter dicta*. Ello por cuanto si se prescinde de todos las consideraciones anteriores y se analiza estrictamente la resolución de dicho proceso, únicamente con los argumentos esgrimidos en los fundamentos 1 a 7, la coherencia interna de la sentencia y el sentido del fallo no se alteran en absoluto. Más aún, si se aprecia que la cuestión de fondo resuelta a través de la STC 0024-2003-AI/TC no guarda, para nada, relación con las reglas a seguir para establecer un precedente vinculante, sino más bien con un proceso de inconstitucionalidad relacionado con la determinación de si el Poder Ejecutivo tenía la atribución o no de proponer la demarcación territorial y al Congreso de la República aprobar la misma.

5. En ese sentido, los "presupuestos" supuestamente de ineludible cumplimiento para el establecimiento de un precedente carecen de esa naturaleza y no pueden ser, por tanto, criterio ni justificación válida para intentar dejar sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC. La claridad con que se concluye esto, nos releva de esgrimir mayores argumentos sobre los fundamentos 5 y 6 de la sentencia en mayoría, que por cierto son deleznables en su fortaleza argumentativa.

6. De otro lado, en la sentencia de mayoría (fundamento 7) también se señala que en el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC se omitió lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC, que supuestamente dice: "la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos".

7. Para determinar el sentido exacto del fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC y evitar caer en una tergiversación de lo señalado en este fundamento, consideramos que es pertinente citar el fundamento completo:

> "En segundo lugar, como lo ha señalado **la tradición del *Common Law***, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 12

hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho".

8. A lo que el Tribunal Constitucional se refiere en este fundamento y en otros anteriores (*cfr.* por ejemplo el fundamento 44) es dar cuenta del tratamiento que se le da en el *Common Law* a la figura del precedente, tal como se aprecia de una lectura atenta y libre de tergiversaciones del texto completo del fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC. Así, llama la atención que, no obstante la mayoría ser críticos de las referencias al Derecho constitucional comparado, en la sentencia de la mayoría se acepte ahora, como *ratio decidendi* y sin reparos, las consideraciones vertidas sobre el precedente por la "doctrina foránea". Al margen de ello, veamos si tal como se concluye en la sentencia de la mayoría el Tribunal Constitucional impuso una determinada posición doctrinaria. Desde nuestro punto de vista este argumento no sólo es falaz sino también absurdo y carente de racionalidad.

9. Es falaz porque ningún Tribunal Constitucional del mundo ha desarrollado sus tendencias jurisprudenciales encapsulados en sí mismos y al margen del desarrollo dogmático de las instituciones del Derecho constitucional. Tan es así que la misma idea de que debía existir un Tribunal Constitucional como órgano supremo de control constitucional provino de la mejor doctrina iuspublicista europea (Hans Kelsen) y recogida primigeniamente, entre nosotros, en la Constitución de 1979. Además, la afirmación de la mayoría carece de racionalidad porque el Tribunal Constitucional no impone posición doctrinaria alguna (la mayoría no precisa qué posición doctrinaria es la que supuestamente se ha impuesto), sino que opta inevitablemente interpretando la Constitución y argumentando sus decisiones. Si ello fuese como afirma la mayoría, también tendría que concluirse que el Tribunal ha impuesto autoritariamente la propia institución del cambio del precedente, o de la doctrina de la interdicción de la arbitrariedad, del deber de protección del Estado de los derechos fundamentales, del contenido esencial de los derechos fundamentales, o del principio de proporcionalidad, o del principio de concordancia práctica, sólo para poner algunos ejemplos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 13

10. El Tribunal Constitucional, como es evidente pues, no puede construir y desarrollar su jurisprudencia sin conocer la dogmática constitucional nacional y comparada, porque entre la jurisdicción constitucional y el Derecho constitucional existe (y debe existir) un diálogo permanente. Las recientes publicaciones de algunos autores extranjeros realizados por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional constituyen el mejor reflejo de lo afirmado. De ahí que pretender dejar sin efecto el fundamento 40 del precedente de la STC 04853-2004-AA/TC porque supuestamente se omitió lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-AA/TC no resiste el mayor análisis y, por ende, no puede ser un argumento válido para que dicho precedente se deje sin efecto.

11. Asimismo, en la sentencia de la mayoría (fundamento 8) se concluye que las sentencias estimatorias de segundo grado que vulneran un precedente vinculante pueden cuestionarse a través de un nuevo proceso constitucional y no mediante la interposición del recurso de agravio constitucional previsto en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional. La Constitución no puede ser interpretada aplicando únicamente el método literal; si así fuera el Tribunal Constitucional no debe realizar un control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones ni las del Consejo Nacional de Magistratura porque el texto literal del artículo 142° de la Constitución "lo prohíbe".

12. Establecer que para cuestionar una sentencia estimatoria que viola un precedente constitucional se debe recurrir a un nuevo proceso constitucional resulta violatorio del principio de economía procesal e incurre en un formalismo desproporcionado en detrimento de quien se ve afectado por una sentencia estimatoria que viola la Constitución a través de un precedente constitucional. Se permite, pues la violación de l a supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51°)y de la interpretación suprema del Tribunal Constitucional (artículo 1°, LOTC). En ese sentido, la antinomia de una *norma-regla* ("*Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. [c]onocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento*", artículo 202°.2) con una *norma de principio* ("*La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado*", artículo 51°), no puede ser resuelta a favor de una norma que, en su aplicación, supone el fraude a la Constitución y el abuso del derecho (artículo 103°); por cuanto recurriendo al texto literal del artículo 202°.2 se va en contra de la supremacía constitucional que el fundamento 40 del precedente de la STC 04853-2004-AA/TC protege.

13. Por todo ello, no debe perderse de vista que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por un principio de prevención de sus fallos, no puede estar desvinculado de la realidad a la cual se proyecta. En ese sentido, el fundamento 40 del precedente constitucional de la STC 04853-2004-AA/TC se estableció, siempre a partir de la interpretación de la Constitución (artículo 202°.2), en un contexto en el

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 14

cual muchas resoluciones de amparo y medidas cautelares dictadas en el seno de este proceso, a pesar de ser estimatorias, resultaban siendo violatorias de los valores materiales que la Constitución consagra expresa o tácitamente. Sobre todo, debido a la inconstitucional e ilegal obtención de resoluciones de amparo y medidas cautelares favorables a algunas empresas dedicadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

14. Por todo lo señalado, al haberse demostrado que los "presupuestos" establecidos para dictar un precedente en la STC 0024-2003-AI/TC no constituyen *ratio decidendi* y no habiéndose omitido lo señalado en el fundamento 46 de la STC 03741-2004-PA/TC, el pretendido cambio del fundamento 40 de la STC 04853-2004-AA/TC deviene en ilegítimo; en consecuencia, dicho precedente vinculante debe seguir aplicándose al permanecer plenamente vigente,.

SS.

LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:
Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR