

EL PRECEDENTE Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL PERU - ¿“GOLPE DE ESTRADO” O SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION?

A propósito de las opiniones, concordantes entre sí, de los distinguidos Profesores Juan Antonio García Amado y Fernando Velezmoro.

1. Los puntos de partida

Con todo respeto por la opinión de dos connotados expertos en materia constitucional nos permitimos exponer nuestro disenso en torno a dos aspectos: Primero respecto a la naturaleza del Tribunal Constitucional en el concreto caso del ordenamiento jurídico peruano; y segundo en relación con la interpretación del los Artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El profesor García Amado señala en su trabajo¹ que la sustancia del debate se centra en el supuesto de que el Tribunal Constitucional cree “... una norma nueva, que no estaba previamente enunciada en la Constitución ni resulta de la opción entre una de las interpretaciones posibles de algún enunciado constitucional”.

Sostiene que cuando el órgano de control de la Constitución se arroga una facultad de tal naturaleza, se afectan la separación de poderes y las potestades del legislador democrático.

Analiza el sentido interpretativo que corresponde asignar a los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional para concluir que el primero de ellos en su párrafo tercero² consagra el precedente constitucional como uno meramente interpretativo (no creativo de una norma nueva y distinta) y la pauta del artículo VII fija aquellas reglas que habrán de resultar vinculante para los jueces.

¹García Amado, Juan Antonio, *Precedente constitucional y neoconstitucionalismo – A propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro*, en Gaceta Constitucional N° 51, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2012, pp. 279 y siguientes.

² Artículo VI, Tercer párrafo: “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”.

Asume, como el Doctor Velezmoro, que la tesis neoconstitucionalista de las normas adscriptas permitiría justificar la emisión de precedentes ya que estos no serían normas creadas sino explicitadas, un contenido que se encontraba subyacente en la constitución y que el Tribunal primero descubre y luego aplica.

Podríamos resumir la posición del Profesor García Amado citando un primer artículo sobre el mismo tema donde afirmó que “... como veremos al acabar, en ningún momento pretende el Tribunal que su capacidad normativa, sobre la base del ‘precedente constitucional’, sea de tipo puramente anulatorio. Es decir, no se conforma con estirar su competencia anulatoria erga omnes a los procesos que no son de control abstracto de constitucionalidad, sino que se trata de asumir funciones propia y puramente legislativas”³.

El Doctor Velezmoro su turno⁴, comienza sosteniendo que “El Tribunal Constitucional peruano, en una de sus decisiones más paradigmáticas y concluyentes, ha señalado que se encuentra habilitado para ejercer potestades legislativas”. Intenta expresamente demostrar que este alcance del precedente constitucional constituye una concreción del neoconstitucionalismo en “su plasmación más exagerada”.

Sostiene nuestro compatriota que cuando el precedente identificado por el órgano de control de la Constitución a tenor del mandato del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no coincide con la ratio decidendi de la sentencia, con los fundamentos que permiten resolver el caso, se da una forma de “legislación por la puerta de atrás” para utilizar el término que empleara García Amado en el segundo de los artículos que comentamos⁵ y que en parte inspira los puntos de vista del Doctor Velezmoro.

En resumen, la preocupación principal de estos distinguidos maestros se centra en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda expedir “normas generales y abstractas como precedentes vinculantes”.

³ **García Amado**, Juan Antonio, *Controles descontrolados y precedentes sin precedente – A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso Salzar Yarleñque)*, en Jus Constitucional Nº 1, Ed. Grijley, Lima 2008, pp. 75 y siguientes.

⁴ **Velezmoro Pinto**, Fernando, El Precedente Constitucional vinculante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo, en Revista Jurídica del Perú Nº 112, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2010, pp. 57 y siguientes.

⁵ Me refiero a García Amado, Juan Antonio, *Controles descontrolados y precedentes sin precedente*, Op. Cit, pp. 89 y siguientes.

El punto de partida común de ambos autores es que el Tribunal Constitucional constituiría un mero legislador negativo que invade el ámbito del legislador cuando establece un precedente y que las tesis neoconstitucionalistas serían un artilugio justificatorio de esa extralimitación.

2. El Tribunal Constitucional en la Constitución peruana de 1993

El Tribunal Constitucional aparece regulado en el artículo 201 de la Constitución correspondiente al Título V “De las garantías constitucionales”. Dicha norma prescribe que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente...”⁶.

Por su parte la ley orgánica de dicho órgano dispone que “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

La Constitución no dice, por cierto, que el Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la carta pero ello no implica que no lo sea. Si lo sitúa como su órgano de “control” es porque le atribuye, como competencia propia y exclusiva, la de decidir en última instancia sobre la materia.

En la doctrina comparada se ha señalado que la Corte Constitucional: “... es un órgano que en posición de ‘tercero’ está destinado a tener (salvo las

⁶ Durante el debate de los artículos 200 a 205 de la Constitución, en la Sesión del 12 de Agosto de 1993, se manifestaron en el seno del Congreso Constituyente Democrático dos posturas frente a la jurisdicción constitucional. Unos sostenían que tal función debía recaer en el poder judicial (Enrique Chirinos Soto) y otros que tenían por vocero al Ex Congresista Carlos Ferrero Costa argumentaban sobre la conveniencia de que el control lo lleve a cabo un órgano constitucional autónomo, imponiéndose esta última posición por escaso margen.

formales impugnaciones), 'la última palabra' sobre la interpretación y aplicación de ciertas normas jurídicas"⁷.

Ello no implica que el Tribunal Constitucional sea el único intérprete de la Constitución, el Parlamento interpreta al aprobar una determinada norma legal (constitucional o no), el Poder Ejecutivo lo hace tanto al aprobar los reglamentos como cuando ejerce competencias materialmente legislativas por delegación de facultades y por supuesto que también la realizan el poder judicial y aquellos órganos con funciones materialmente jurisdiccionales como el Jurado Nacional de Elecciones, las Salas del Indecopi o el Tribunal Fiscal entre otros⁸.

Al respecto se ha sostenido que "... el legislador y los jueces ordinarios se revelan como los intérpretes más asiduos y constantes de la Constitución. En el caso del legislador, porque se entiende que el proceso de aprobación de toda norma debe haber estado precedido por una valoración acerca de su adecuación al marco constitucional. En el caso de los jueces, porque el diseño de nuestro sistema de justicia constitucional les obliga a que en todos los procesos llevados a su conocimiento deban tutelar de oficio la prevalencia de la Constitución sobre toda norma de inferior jerarquía"⁹.

3. Opiniones sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional

Sin pretender abarcar todas las opciones podríamos decir que existen tres concepciones sobre la naturaleza, y en consecuencia respecto de las funciones que puede desarrollar el Tribunal Constitucional.

⁷Cerri, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, segunda edizione, Ed. Giuffrè, Milano 1997, p. 67.

⁸ La diferencia radica en que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional tiene carácter definitivo, de última instancia y con efecto erga omnes.

⁹ Danós Ordoñez, Jorge, *Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional*, en *Lecturas Sobre Temas Constitucionales* Número 10, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima 1994, p. 286. Peter Häberle incluso sostiene que "quien 'vive' la norma también la interpreta". HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Ed. UNAM / PUCP, Lima 2003, p. 150.

En un extremo podríamos situar a quienes como Ignacio De Otto sostienen que la labor que desarrolla el Tribunal Constitucional es materialmente constituyente. Este autor afirma que “... el Tribunal Constitucional se encuentra en la necesidad de aplicar normas en las que la cuestión a dirimir no está previamente decidida por la legislación constitucional. Nuestra constitución¹⁰, de compromiso en muchos de sus preceptos, es un muestrario abundante de estas normas en las que la responsabilidad de decidir, se remite a los jueces constitucionales. Ante ellas la función de intérprete supremo de la Constitución que atribuye al Tribunal Constitucional el Artículo 1.0 de su Ley Orgánica es forzosamente una función constituyente, porque tendrá que decidir allí donde no ha decidido el poder constituyente, allí donde el texto constitucional no ofrece datos para una operación lógica”¹¹.

Frente a esta tesis se ha sostenido que el Tribunal Constitucional, por el contrario, es un intérprete excepcional, extraordinario, cuya jurisdicción sólo se abre en caso de inconstitucionalidad o vulneración de Derechos Fundamentales y que sólo actúa a instancia de parte, nunca de oficio, porque carece de la iniciativa propia de los poderes políticos. Esta es evidentemente la función que le asignan los profesores García Amado y Velezmoro.

Desde esta óptica se ha sostenido que si el Tribunal “... ha sido calificado como ‘órgano de control de la Constitución’, es porque a él se le ha confiado la tarea propia de un ‘poder corrector’, en la medida que este puede dejar sin efecto o anular decisiones de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como las de los demás órganos constitucionales

¹⁰ Se refiere en este punto a la Constitución española de 1978 pero lo afirmado podría ser perfectamente extendido a la Constitución vigente en el Perú.

¹¹ De Otto Pardo, Ignacio, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la investigación constitucional*, en AAVV, “El Tribunal Constitucional”, Ed. Civitas, Madrid 2001, p. 27.

como son el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones”¹².

En un punto medio entre considerar al Tribunal Constitucional como constituyente o como un mero legislador negativo hallamos una posición intermedia que lo concibe como un “vocero” del Poder Constituyente.

Esta es la posición a la que adherimos y a la que adscribe también el propio Tribunal Constitucional del Perú en cuanto ha sostenido que: “El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de ‘crear’ la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente. Al respecto, debe precisarse cuál es la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente originario. Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que ‘(...) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad’, en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicomprendivo a la Constitución. Pero debe quedar claro, especialmente para esta sentencia, que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su ‘vocero’” (Expediente 00050-2004-AI, Fundamento Jurídico 17).

En conclusión si el Tribunal Constitucional es el “traductor” del constituyente la Constitución establece, en buena cuenta y de un modo

¹² Alva Orlandini, Javier, *La Constitución comentada – Análisis Artículo por Artículo*, Ed. Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima 2005, pp. 1116 y siguientes.

inapelable, lo que éste “órgano de control” entiende a través de la jurisprudencia y de sus precedentes¹³.

El Profesor Carlos Hakansson ilustró la cuestión hermenéutica recordando el diálogo entre la joven Alicia y el hierático Humpty Dumpty, éste último decía: “Cuando yo uso una palabra quiere decir lo que yo quiero que diga, ni más ni menos”. Alicia dudaba sobre si se puede hacer que las palabras signifiquen varias cosas diferentes pero el huevo completó su idea diciendo “... la cuestión es saber quién es el que manda, eso es todo. Cuando yo uso una palabra, esa palabra significa lo que yo quiero que signifique”¹⁴.

4. Jurisprudencia y precedente constitucional

También disiento con los distinguidos maestros en cuanto a la interpretación que corresponde asignar a los artículos VI y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El primero de los artículos citados, en su tercer párrafo, no se refiere al precedente como sostiene el Profesor García Amado, sino a la jurisprudencia constitucional y por ello no alude a sentencias sino a “las resoluciones”¹⁵.

Entendemos por jurisprudencia a la doctrina que el Tribunal Constitucional desarrolla a partir de un caso y que constituye el alcance

¹³La frase “We are under constitution, but the constitution is what the judges say it is” se atribuye a Charles Evans Hughes y habría sido pronunciada en un discurso del 3 de Mayo de 1907 cuando era gobernador del Estado de Nueva York. Posse Molina, Ignacio, *Elección de los jueces de la Corte Suprema por el voto directo del pueblo (mediante elecciones “no partidarias”)*, en Revista La Ley, Tomo 2003-C, Buenos Aires, p. 1376.

¹⁴Estudio introductorio a Pereira Menaut, Antonio Carlos, *En defensa de la Constitución*, segunda edición peruana, Ed. Palestra, Lima 2011, pp. 28 y 29.

¹⁵ Esta perspectiva es compartida por Abad Yupanqui, Samuel, *El precedente en el Derecho Procesal Peruano*, en Jus Constitucional, Número 1, Enero 2008, Lima 2008, pp.45 y siguientes. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional ha dicho que “... el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar)” (Expediente 00006-2006-CC, Fundamento Jurídico 69).

interpretativo constitucional que corresponde asignar a determinada norma.

Como sostuvo Roger Rodríguez la idea de jurisprudencia constitucional “... no hace alusión a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del TC, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República”¹⁶.

Principios como el de igualdad (igual consideración y respeto diría Dworkin¹⁷) y razones como la previsibilidad aconsejan que si el órgano de control fija un determinado alcance interpretativo, este sea seguido por los Magistrados del Poder Judicial con carácter obligatorio.

En el expediente 04853-2004-AA el Tribunal Constitucional sostuvo que la jurisprudencia comprende “a) Las interpretaciones de Constitución realizadas por este colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) Las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad... y c) las proscripciones interpretativas, esto es las ‘anulaciones’ de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución” (Fundamento Jurídico 15).

¹⁶ Rodríguez Santander, Roger, *El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*, en “Estudios al Precedente Constitucional”, Ed. Palestra, Lima 2007, p. 59.

¹⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona 2009, pp. 389 y siguientes.

El precedente, por su parte, es una regla que el Tribunal Constitucional deduce a partir de un caso, supone la concreción interpretativa del propio constituyente explicitada por su vocero autorizado.

No opera del mismo modo que el legislador cuando aprueba una ley ya que su legitimidad depende de que lo resuelto obedezca a la aplicación de la Constitución conforme a pautas interpretativas generalmente aceptadas.

La irradiación general del precedente obedece a la posición que ocupa el Tribunal Constitucional en el extenso campo de los intérpretes de la constitución al que ya hiciéramos referencia.

Curiosamente los distinguidos profesores partiendo de una posición crítica del neoconstitucionalismo sostienen que el Tribunal Constitucional debe ser un mero legislador negativo pero no traen a colación la objeción democrática de las decisiones de inaplicación o inconstitucionalidad.

Lo dicho no quiere decir que suscribamos por completo los precedentes del Tribunal Constitucional¹⁸ y mucho menos la técnica empleada para establecer algunos de ellos. Efectivamente hay precedentes aprobados por Salas, algunos contienen una mera remisión a que lo decidido constituye un precedente sin identificar la regla y otros tienen difusa relación con la ratio decidendi¹⁹ o holding del caso que se resuelve²⁰.

¹⁸ Queremos dejar sentado que desaprobamos la posibilidad de que determinados órganos burocráticos puedan inaplicar la ley (desarrollado en Salazar) o que incluso puedan hacerlo particulares que, eventualmente, pueden no ser ni siquiera peruanos, como en el caso de los árbitros (Expediente 00142-2011-AA).

¹⁹ Esta puede definirse como el criterio jurídico para calificar los hechos relevantes de la controversia y decidir sobre ellos o, en sentido inverso, puede ser entendida como el principio jurídico usado como criterio para decidir (con una acentuación en la norma en lugar del hecho), también puede ser concebida como el argumento jurídico empleado para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos, o la decisión relativa a la selección de la regla iuris, o ambas. Al respecto puede verse Taruffo, Michele, ***Dimensiones del precedente judicial***, en Jus Constitucional, Número 1, Enero 2008, Lima 2008, pp. 33 y 34.

²⁰ La relación del precedente con el caso es relevante ya que a los jueces debe reconocérsele “la capacidad de decidir la inaplicación del criterio jurisprudencial en los casos que determine razonadamente que las circunstancias del supuesto que examina son distintas a las del caso respecto del cual se formuló la ratio decidendi”. Castillo Córdova, Luis, ***Configuración Jurídica de los Precedentes vinculantes en el***

¿Qué hacer cuando la supremacía de la Constitución exige que se vaya más allá del caso por advertirse una afectación general o cuando se presenta un auténtico “estado de cosas inconstitucional”²¹?, ¿Debería el Tribunal limitarse a resolver estimando la demanda o podría proscribir la conducta transgresora con efecto erga omnes?

Entendemos que la segunda solución se impone atendiendo a la finalidad de los procesos constitucionales y a la naturaleza del órgano sin que pueda hablarse de legislación de contrabando.

Un verdadero problema se presentaría si el Tribunal Constitucional operara como la Corte Suprema que expide un precedente en abstracto como sucede en el Acuerdo Plenario 7-2007/CJ-116 donde sin que exista un caso concreto en debate decide que “A la luz de los precedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173º, inciso), del Código Penal – incluso si se tiene en cuenta delitos de un indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta”²².

Entendemos que si el órgano de control de la Constitución respeta los supuestos que justifican la emisión de un precedente (desarrollados a partir de 00024-2003-AI²³ y completados en 03741-2004-AA)²⁴ su

ordenamiento constitucional peruano, en Jus Constitucional, Número 1, Enero 2008, Lima 2008, pp. 58 y siguientes.

²¹ Esta técnica fue desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia de Unificación 559/1997 y recogida por el Tribunal Constitucional a partir de lo resuelto en el expediente 02579-2003-HD (Fundamento Jurídico 19 y siguientes).

²² Castillo Alva, José Luis (Director), **Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema**, Ed. Grijley, Lima 2008, pp. 209 y siguientes. En la misma obra puede verse el comentario de este Acuerdo Plenario realizado por el Doctor Giammpol Taboada Pilco, páginas 731 y siguientes.

²³ No podemos dejar de señalar nuestra desconfianza respecto de los supuestos incluidos en los literales c) y d) correspondientes al Título: “Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante” de esta sentencia donde se incorporan como supuestos habilitantes para la emisión de un precedente a “c) la necesidad de llenar un vacío normativo” (para este fin se debe recurrir al proceso de integración el ordenamiento) y “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”.

actuación es cabalmente legítima, tanto más si, como sostiene en este último caso, “... 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”.

Conclusiones

A pesar de nuestro limitado conocimiento, o tal vez precisamente por ello, nos permitimos disentir de los reconocidos profesores ya que desde nuestra perspectiva ni el precedente se asienta sobre “... un poder normativo que el Tribunal se autorreconoce” (Velezmoro) ni el “... artículo VII peruano puede ser interpretado para amparar nada más que el precedente interpretativo” (García Amado).

La supremacía jurídica de la Constitución implica que no pueden existir ámbitos exentos del control constitucional y de esto, a su vez, se deduce que en todo caso deben existir mecanismos procesales para hacer efectiva esa supremacía, por lo tanto detrás de toda decisión, incluyendo la del legislador democrático, siempre habrá algún órgano jurisdiccional legitimado para restablecer el orden jerárquico y en última instancia será el Tribunal Constitucional el que cargue con tal responsabilidad.

Los órganos jurisdiccionales crean derecho cuando determinan que haz de conductas se refieren (o no) al contenido constitucionalmente protegido de un derecho, tanto más si desarrolla algún contenido implícito o deduce un derecho de los principios señalados en el artículo 3° de la Constitución y

²⁴ De hecho el Tribunal Constitucional se ha hecho cargo de estas limitaciones y aplicándolas en el Expediente 03908-2007-AA dejó sin efecto el Recurso de Agravio Constitucional a favor del precedente que había introducido en Dirección Regional de Pesquería de La Libertad (Expediente 04853-2004-AA).

con mayor claridad aún si a partir de esa decisión se fija una regla con carácter de precedente.

El precedente y la jurisprudencia constitucional tienen, y deben tener, efecto vinculante ya que, contra lo que sostiene el Doctor Velezmoro, el sistema constitucional no puede permitir que coexistan dos interpretaciones de la Constitución²⁵.

En conclusión, no hay “golpe de estrado” cuando el Tribunal Constitucional establece una regla con carácter de precedente sino ejercicio legítimo de su función principal que consiste en garantizar la supremacía de la Constitución.

²⁵Probablemente los casos de casinos, buses camión e importación de vehículos y repuestos usados sean paradigmáticos sobre la necesidad de coherencia.