

El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional **(a propósito del caso Provías Nacional)**

Domingo García Belaunde¹

La figura del precedente es una de las que puede considerarse fundamental en el derecho anglosajón, nacido en Inglaterra y luego extendido a sus dominios, en especial en los Estados Unidos de América. Y que no solo contribuyó a formar lo que luego se llamó el common law, sino que ha sido perfeccionado y ha tenido una evolución interesante y por cierto decisiva en la vida jurídica de estos pueblos. (cf. Th. F. T. Plucknett A concise history of the common law, Little, Brown and Co., Boston 1956, pp. 293-350; Roscoe Pound The spirit of the common law, M.J. Co, New Hampshire 1921, cap. VII, con reimpressiones y Lawrence M. Friedman Law in America. A short history, The Modern Library, N. York 2002)

En sus orígenes, que se remontan a la invasión normanda del siglo XI, la Corona trató de unificar los diversos derechos existentes en aquel entonces (esto es, usos y regulaciones imperantes en la Isla) y fue así cómo los jueces de designación real, al reunirse periódicamente, adoptaron la costumbre de ver y analizar cómo se había fallado en casos similares y optaron por la fórmula de estarse a lo decidido en un caso igual o parecido (stare decisis et non quieta movere). De manera tal que esta conjunción de situaciones fueron acumulándose y formando un cuerpo de doctrina, cuya obligatoriedad se impuso lentamente. Y no obstante que los países del common law cuentan hoy con numerosa legislación, los “casos” siguen siendo importantes, sea porque han surgido del pasado y se han ido afirmando y ocupando un lugar destacado dentro del ordenamiento, sea porque son la expresión de criterios que han ido moldeándose a partir de la interpretación de las leyes previamente existentes. De esta suerte, los casos y sobre todo los precedentes que surgen de ellos, son la columna vertebral de este sistema jurídico.

Lo importante del precedente en los Estados Unidos, que es el país que nos interesa para estos efectos, es que se trata de un criterio que surge a partir de un caso, y que con el tiempo se va delineando hasta que va tomando forma en un cuerpo de doctrina que sirve de orientación para el futuro. A su vez, tal precedente puede ser objeto de análisis, sea “limitándolo”, es decir, precisando que no puede extenderse a otros casos, sea “distinguiendo” o sea, señalar que no obstante su parecido, tienen elementos diferenciales que no permiten aplicar a B el precedente A. O finalmente, puede haber una revocación (*overruling*) que puede ser parcial o total y con variedad de matices e incluso cuestionamientos. Y así sucesivamente.

En cuanto al precedente, que sigue siendo la piedra clave del *common law*, cabe afirmar esquemáticamente que, a) se forma paulatinamente con el tiempo, b) no necesariamente se le llama vinculante, porque su naturaleza es que lo sea en forma genérica e indefinida y porque adicionalmente tiene varias maneras de manifestarse según las cortes que resuelven; c) las cortes inferiores están obligadas a seguir un

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, Universidad De Lima y Pontificia Universidad Católica Del Perú. Profesor distinguido por La Universidad Nacional Autónoma de México (1987) y por La Universidad Externado de Colombia (1992). Director de "Ius et Praxis", revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Asociado al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

precedente, salvo que consideren que por diversos motivos no se aplica a un caso concreto, d) en principio, sobre la base de lo anterior, cabe que un tribunal se aparte de un precedente y no lo aplique, y esto no se considera un delito ni inconducta funcional si bien debe fundamentarlo adecuadamente, e) los precedentes nunca nacen completos, sino que surgen paulatinamente, tienen adiciones y ajustes continuos y tampoco se elaboran en un solo día, f) el tiempo y los casos que se suceden pueden terminar variándolo, matizándolo, ampliándolo e incluso revocándolo y remplazarlo por otro, g) finalmente el sistema propicia el cambio cuando las cosas cambian, fomentando la estabilidad, pero sin caer en el inmovilismo.

Esta institución del *common law* que funciona en los Estados Unidos y en otros países de la misma familia jurídica, ha sido adoptado o seguido, por así decirlo, en familias jurídicas que no tienen nada que ver con el *common law*, esto es, los llamados sistemas romanistas o romano-civilistas. Y esto con el sano propósito de crear criterios interpretativos que sirvan para resolver casos futuros y que se llevan a cabo con cierto dinamismo pero sin descuidar la seguridad jurídica. Esto se observa en diversas áreas de la jurisdicción ordinaria (sobre todo en materia penal y civil) y también en sede administrativa (tribunales registrales, etc.)

Pero tratándose de un fenómeno de recepción, éste no puede ser mecánico sino prudente, viendo la realidad a la cual se aplica, y sin desnaturalizar la institución, más aun cuando proviene de otro sistema jurídico.

Esta cautela se observó en décadas pasadas en diversas áreas del Derecho, pero la situación cambió radicalmente con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en 2004, que lo introdujo en forma más definida en el art. VII del Título Preliminar.

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional peruano ha adoptado una versión totalmente distinta –y en veces hasta contraria– a la institución originaria y ha creado con un puro voluntarismo una cadena de precedentes elaborados de un solo plumazo, y con pretensiones de imposición casi autoritaria al resto de los operadores jurídicos. Y por cierto, sin mayor elaboración teórica. Y si bien nominalmente son muy pocos (no más de cincuenta) en la práctica todos los criterios apuntados en las sentencias, que son miles, pueden en su momento ser relevantes y definitivos para solucionar situaciones futuras. Y aún más, son invocados por las partes para sus propios fines (cf. Aníbal Quiroga León y Ma. Cristina Chiabra Valera El Derecho Procesal Constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, APECC, Lima 2009).

Es decir, el Tribunal Constitucional, sobre todo en el período 2001-2006, ha elaborado un curioso cuerpo de doctrina, con pretensiones de validez universal y que impone o pretende imponer casi verticalmente y con razonamientos no siempre bien elaborados, que contienen determinadas opciones doctrinarias que muchas veces son debatibles. Y además con una concepción equívoca de lo que es un Tribunal Constitucional, pues se piensa – y esto ha sido puesto por escrito – que incluso pueden revertir la Constitución o cambiarla a su antojo con una interpretación caprichosa (cf. los Cuadernos editados por la editorial Palestra sobre crítica de enfoques jurisprudenciales; siete publicados hasta la fecha; igualmente, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro, coordinadores, Estudios al precedente constitucional, Palestra editores, Lima 2007).

Todo lo anterior ha servido en parte para afirmar la autoridad y el prestigio del Tribunal Constitucional, que se ha convertido en un referente obligado en todas las áreas jurídicas, como consecuencia de un fenómeno que tiene ya sus años y que se conoce como de “constitucionalización del Derecho”. Con lo cual, toda rama o sector del Derecho tiene que estar atento a lo que pasa a nivel constitucional y de manera especial en la jurisprudencia existente. Pero por otro lado ha hecho que el propio Tribunal Constitucional haya sido duramente criticado por sus excesos, con el agravante de que algunos de sus fallos más cuestionados han sido desobedecidos en la práctica o se han dejado de lado sin muchas consecuencias. O simplemente son inejecutables. Y algo parecido sucede con las continuas y reiteradas “exhortaciones” dirigidas al ente legislativo, que han caído, casi todas ellas, en saco roto. Todo esta realidad ha hecho posible, sobre todo con la renovación parcial de sus miembros, que el propio Presidente del Tribunal, en el discurso de asunción del cargo en enero de 2009, haya hecho un honesto y valiente *mea culpa* y haya lamentado estos excesos, que se han ido modificando lentamente, que por cierto es lo más adecuado, como lo veremos más adelante.

El reciente caso de Provías Nacional (Exp. 03908-2007-PA/TC) de 11 de febrero de 2009 y dado a conocer días después, configura una nueva política al interior de este máximo Tribunal, continuando así lo iniciado sensatamente en un caso anterior (Teodorico Bernabé Montoya, Exp. 2008-HC-TC de 11 de diciembre de 2008). Y consiste básicamente en un pronunciamiento, de contenido laboral, en el cual la causa llegó al Tribunal Constitucional pues la parte demandante alegaba que se había violado un precedente vinculante.

En esta oportunidad lo que hizo el Tribunal Constitucional fue analizar lo que se había hecho antes, señalar que lo que se había establecido como precedente vinculante era algo erróneo, que nunca debió haberse hecho y en consecuencia al no ser tal, no merece que la causa sea vista por dicho Tribunal. Explicar este primer punto puede ser algo largo y complicado, pues habría que desplegar detalles que podrá hacerlo el propio interesado. Baste señalar por mi parte que me parece un planteo hecho con un razonamiento interesante, pero no muy convincente.

Pero lo anterior no es en realidad lo determinante. Lo realmente importante es que en un segundo razonamiento, el Tribunal Constitucional ha establecido que bajo ninguna circunstancia se puede torcer el sentido de la Constitución y trajarla como si fuera cualquier cosa para obligarla a decir lo que no dice. Y por tanto, cuando el legislador y el constituyente dicen que el recurso de agravio constitucional solo funciona para el caso de sentencias “desestimatorias” es solo para ellas y para nadie más. No para una palabra igual a la que se le da un sentido inverso, violando todas las reglas de la semántica y del diccionario. Esto significa haber puesto las cosas en su sitio y en donde siempre debieron estar. Y de ahí la importancia de esta jurisprudencia, que sin lugar a dudas abre un nuevo campo en la investigación y en la actividad del Tribunal Constitucional. No entra aquí en cuestión el caso *sub judice* ni su valorización, que puede ser materia de otro análisis.

Y aun cuando solo sea marginalmente, vale la pena tener presente que en toda sentencia, y sobre todo las que son o constituyen precedente, hay dos partes básicas: el holding, que es el soporte básico de lo que se resuelve, y el dicta, que es la argumentación adicional que generalmente se incluye en los considerandos pero que no es lo decisivo. Solo los primeros son vinculantes. Los segundos no tienen ese valor y son meramente ilustrativos y por cierto no obligan (vid. la voz "Obiter dictum" en The Oxford Companion of the Supreme Court of the United States, edited by Kermit L. Hall, Oxford University Press, N. York 2005).

La reciente decisión bajo comentario es lo que debió haberse hecho y lo que siempre debió respetarse, aun cuando no se hizo. Pero no por eso podemos dejar de ver el problema que hay detrás de todo esto. Y es lo siguiente: que en el caso de que un proceso constitucional quede finalizado en segunda instancia con sentencia estimatoria, podría haberse violado algún principio constitucional básico, algún precedente acreditado o quizá crear una total indefensión en un caso concreto, violando así la tutela procesal efectiva. Y esto puede suceder en cualquiera de las 29 Cortes Superiores en las cuales está distribuido el poder jurisdiccional del Estado (si bien rematados por la Corte Suprema de Justicia a la cual no llegan estas causas).

¿Qué hacer en estos casos...? En realidad muy poco...Y esto es algo que debería pensarse, pues ello pasa, inevitablemente, por una reforma constitucional, sobre todo por la envergadura del problema. Quizá la solución sea introducir en muy contados casos, la procedencia del recurso de agravio constitucional. O en su defecto, crear un "certiorari" como existe en los Estados Unidos desde la década del veinte (y que por cierto, fue creado por expresa ley del Congreso, y no por manipulación jurisprudencial). De tal manera se superaría la "incomplección" que existe en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, que pese al tiempo transcurrido, no ha podido superar esta carencia. U otro medio que sea razonable y que sea acogido en buena forma y sin atropellos normativos.

La importante lección que extraemos del caso bajo comentario, es que aun el "activismo" tiene sus límites y que no se puede utilizar un texto constitucional en forma irresponsable, como algunas veces se ha hecho en el pasado. Pues una cosa es interpretar sanamente una normativa constitucional y eventualmente completarla en puntos menores, y muy otra es jugar a ser "aprendiz de brujo" y subvertirla desde adentro. La legitimidad de todo Tribunal Constitucional radica en su ejercicio, depende de la manera como actúa, y ésta debe tener una sintonía adecuada, prudente y atenta al aire de los tiempos y al sistema jurídico en el cual se mueve (cf. Jorge Carpizo, El Tribunal Constitucional y sus límites Edit. Grijley, Lima 2009) **(1) (2)**.

(1) La figura del precedente tiene larga data en el Perú, si bien con otro nombre y distinto alcance. De hecho en el siglo XIX se daba atención a la jurisprudencia de los tribunales, en especial de la Corte Suprema de Justicia, la que era objeto de difusión, especialmente en libros y folletos (el “Repertorio Judicial” publicado por Toribio Pacheco en Lima y en 1864, es el primero de su género). Y no solo de sentencias supremas sino incluso de vistas o dictámenes fiscales (José Gregorio Paz-Soldán y Manuel Toribio Ureta, etc.) Esta tendencia continuó en el siglo XX con la publicación, renovada, de los “Anales Judiciales” desde 1903 y luego con revistas dedicadas en exclusiva a la publicación de la jurisprudencia de interés, en especial del máximo tribunal. Destacan la “Revista de los Tribunales”, fundada en 1931 y luego la “Revista de Jurisprudencia Peruana” fundada en 1943, ambas de larga vida e influencia. Por lo demás, la doctrina se hacía siempre cargo de la existencia de las resoluciones judiciales, las que eran objeto de glosa, comentario y crítica. Igualmente, los códigos editados por los particulares, generalmente iban acompañados, en los correspondientes artículos, de una relación de las ejecutorias supremas recaídas en ellos.

Esta costumbre tenía sobre todo un carácter ilustrativo hasta mediados de la década de 1960, en la cual se dio mayor importancia a la jurisprudencia, en cuanto orientadora y en cierto sentido obligatoria para casos afines. Lo que explica el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece en su última parte que “los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Se trata, como es fácil apreciar, de una consecuencia lógica de lo que venía desde antes y como una explicitación del principio de la supremacía de la Constitución y de la interpretación que pueda dar el Tribunal Constitucional en aquellos casos que lleguen a su conocimiento. Es decir, principios generales que tienen ese carácter, a fin de dar unidad al sistema y que deben entenderse así. No obstante esto, diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha creado todo un artilugio teórico casi inentendible y absolutamente innecesario para encasillar este principio, de por sí sabido. Y acompañado en este exceso por glosadores y posglosadores, que son legión en nuestro medio.

Por otro lado, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha establecido expresamente el precedente vinculante, también de manera genérica pero más precisa que su antecedente inmediato, contenido en la Ley 23506 de Habeas Corpus y Amparo, sancionada en 1982. Podría decirse que lo anterior, o sea, el artículo VI es simplemente precedente existente, mientras que éste del artículo VII es más contundente y además más preciso, pues requiere de toda una formalidad. Lamentablemente, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en esta materia, o sea, en el artículo VII, ha ido en una dirección errática y perturbadora, que solo en parte está siendo superada, y que amerita un replanteo integral de lo que debe ser el precedente en nuestro medio.

(2) Un aspecto importante y relacionado con el precedente en el common law, es el concepto de “leading case” que se usa mucho sobre todo en el ámbito periodístico y que entre nosotros se emplea para llamar la atención sobre una sentencia o causa muy importante o que es considerada así. En realidad, el empleo de la frase “leading case” se confía únicamente a los casos realmente trascendentes, que ocasionan una inflexión importante en el mundo del Derecho y a partir del cual se vuelve un “precedente” o se le consagra como tal, y es seguido por las cortes y jueces

norteamericanos. Como norma general, en cada sector del Derecho existen determinados precedentes que son importantes y que orientan la labor de los tribunales, pero no todos ellos son "leading cases" ya que es probable que no hayan sido los iniciadores del problema o tampoco el pronunciamiento más importante en un determinado caso. De esta suerte, si bien todo "leading case" es un precedente, no todo precedente es un "leading case". Pero, como lo he indicado, el término es sobre todo de uso informal y propio del lenguaje ordinario por lo que su empleo está sujeto a una mayor flexibilidad.

En cuanto al Perú, es discutible que exista el "leading case" por cuanto su Derecho no está hecho a base de casos ni tampoco los importantes crean rupturas o cambian panoramas de manera sustancial. Y esto por la sencilla razón de que la familia jurídica a la que pertenecemos, da especial importancia al texto escrito, es decir, a la codificación en sentido amplio. Y si bien la jurisprudencia de los tribunales tiende a tener cada vez mayor significado y en especial la del Tribunal Constitucional, no tiene la trascendencia ni el alcance que si lo tiene en los países del common law. Y aun así, es mejor llamarla "precedente" con lo cual evitamos confusiones y eventuales malentendidos.