

Controles Descontrolados y Precedentes sin Precedente: A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC.

Juan Antonio García Amado*

"En el presente artículo se analiza y comenta la sentencia del Tribunal Constitucional referida al famoso caso "Salazar Yarlenque" en el que se evalúa la doctrina utilizada por este órgano en relación al alcance y la función del precedente constitucional."

En esta nota pretendo comentar algunos aspectos de la importante Sentencia No. 3741-2004- AA/TC, del Tribunal Constitucional de Perú, de fecha 14 de noviembre de 2005. En dicha Sentencia se fija una importante doctrina sobre el alcance y la función del precedente constitucional. Acabaremos opinando algo sobre este asunto, pero antes haremos algunas observaciones sobre otros aspectos de la doctrina general contenida en dicha Sentencia.

Los hechos del caso son los siguientes. Se interpone demanda de amparo contra una municipalidad que le había impuesto al demandante una multa y que exige a este el pago de diez nuevos soles en concepto de tasa de impugnación y como condición para tomar en consideración la reclamación del demandante contra dicha multa. Tal exigencia se basa en la norma que al efecto tiene establecida dicha municipalidad. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional entenderá que la exigencia de la municipalidad en el caso es inconstitucional y lo es también la norma que con carácter general impone esa tasa. Se afirmara la incompatibilidad con una serie de derechos fundamentales y principios constitucionales (debido proceso, derecho de defensa, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, derecho de petición y derecho de acceso a la jurisdicción). Pero no se limitará el Tribunal a sentar la inconstitucionalidad de esa acción de la municipalidad, sino que invocara la técnica del precedente, a tenor de su peculiar interpretación del artículo VII del Código Procesal

Constitucional, para dictar una norma con "efectos de ley" y que vincule en el futuro a todos los poderes públicos.

En este comentario debatiremos sobre dos cuestiones. Una, la doctrina general que sobre el juicio de constitucionalidad se sostiene en la primera parte de la Sentencia. La otra, el empleo de esa técnica del "precedente", la filosofía constitucional en que se basa, la interpretación del Código Procesal Constitucional en que se apoya y sus consecuencias para el sistema constitucional peruano.

1. Lo Evidente y lo Discutible en el Control Constitucional

El control de constitucionalidad puede versar sobre las normas o sobre las concretas decisiones de los poderes públicos o, admitido el efecto horizontal o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, de ciertas decisiones privadas que afectan a derechos fundamentales de otros. El control de la constitucionalidad de las normas jurídicas puede realizarse mediante control concentrado, a través de un tribunal constitucional, o mediante control difuso, encomendándose entonces a la judicatura ordinaria en su normal desempeño. Son múltiples las combinaciones posibles a estos efectos y muy diferentes los ejemplos que nos ofrece el Derecho comparado. No vamos a entrar aquí en esa cuestión.

A lo que queremos referirnos en primer lugar es

* Catedrático de la Universidad de León - España (jagara@unileon.es)

1 El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación "Teoría del Derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial" (ref. SEJ2007-64496), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España.

al control de la constitucionalidad de las acciones concretas de los poderes públicos. Tales acciones pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones: a) estar amparadas por una norma general que se estima inconstitucional en sus términos generales; b) no estar amparadas en norma alguna, pues obra el poder de que se trate en el marco de una laguna del sistema jurídico; c) estar amparadas en una norma jurídica que se considera constitucional o de cuya constitucionalidad no se duda. Es este último caso el que ahora nos interesa. De ese supuesto habla la Sentencia en sus primeros fundamentos, aun cuando la anulación que hace del acto de la Administración obedece también o principalmente a razones de inconstitucionalidad de la norma en que se apoya.

Dice lo siguiente la Sentencia que analizamos: "En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública que tienen como sustento una ley, son conformes [a] los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.o)" (F.5).

El razonamiento que subyace a un planteamiento así es el ya habitual, al menos en las filas del llamado neoconstitucionalismo, y tiene dos componentes o partes. La parte primera reza así: puesto que la Constitución es norma suprema del sistema jurídico, no solo queda sometida a control de compatibilidad con ella toda norma inferior (control que se realizara en la forma y por los órganos que el sistema prevea a tales efectos), sino también todo acto de aplicación de esa normatividad inferior. Este modo de ver queda bien reflejado en sucesivas afirmaciones de la Sentencia, como cuando dice que la Administración pública "al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.o de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley -mas aun si esta puede ser inconstitucional- sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución" (F.6).

La segunda parte consiste en un entendimiento fuertemente "materializado" de la Constitución. La Constitución tiene su fondo, esencia o sustancia básica en un sistema de valores, es ante todo Constitución material, Constitución axiológica. De ahí que la constitucionalidad de los actos de

la Administración, según la Sentencia, haya de medirse por su compatibilidad con "los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra", como hemos visto que se dice. Los propios derechos fundamentales serian expresión de que la Constitución ha incorporado un "orden objetivo de valores". Habrá que entender, por tanto, que son esos valores los que dan la pauta para dotar de contenido concreto y de interpretación precisa a esos derechos fundamentales, y que es desde esos valores (que, además, están ordenados en un sistema) desde donde cabe realizar en su plenitud el control de la constitucionalidad de las acciones que afectan a derechos fundamentales. Vulnerar un derecho no es actuar de manera contradictoria con lo prescrito en el enunciado o conjunto de enunciados que recoge o recogen ese derecho, sino hacer lo opuesto a lo que exige el valor que ilumina y da su sentido a ese derecho. La contradicción no es semántica o lógica, sino axiológica. Esto tiene aun una secuela más: lo que los enunciados de derechos fundamentales pueden tener de indeterminados no afecta a la capacidad dirimente de las normas de derechos fundamentales y a su aptitud para proporcionar solución objetiva de los casos. Esa indeterminación semántica, sintáctica o pragmática no se traduce en la concesión de los correspondientes márgenes de discrecionalidad al juez, ya que este, para resolver el caso y decir si el derecho fundamental en cuestión ha sido respetado o no, no tendrá propiamente que interpretar el sentido de los correspondientes enunciados y, en su caso, concretarlo discrecionalmente, eligiendo una de entre las interpretaciones posibles a tenor de la semántica y la sintaxis de nuestro lenguaje; lo que tendrá que hacer es averiguar cual es el contenido del valor de fondo y que prescribe ese valor para la solución del caso. Labor de conocimiento mas que cometido decisorio, averiguación de verdades necesarias y objetivas mas que ejercicio de poder dentro de los márgenes de libertad que deje el enunciado constitucional aplicado.

Así pues, resulta que, por contravenir la Constitución, un acto administrativo podrá ser anulado incluso en el caso de que dicho acto sea pura aplicación de una norma legal o reglamentaria perfectamente constitucional, dentro de cuyos márgenes habilitadores tal acto indudablemente se mantiene. Tenemos, en consecuencia, que en nombre de la Constitución pueden los jueces excepcionar la aplicación de la norma legal o reglamentaria por la Administración. Pero no solo la aplicación de la norma legal por la Administración, que es de lo que en esta Sentencia se trata, sino por cualquier poder publico decisorio, por los mismos jueces, dado lo general de la doctrina de fondo. Por tanto, no todo acto legal (legal por plenamente respetuoso con una norma legal que

2 Dice la Sentencia: "en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado -eficacia vertical- como de los particulares -eficacia horizontal-; mas aun cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual -dimensión subjetiva-, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora -dimensión objetiva-" (F.10.)

es sin duda constitucional o, incluso, ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional) es un acto jurídico, pues puede haber actos plenamente legales que, sin embargo, sean antijurídicos y deban, como tales, ser anulados por los jueces. Serían legales y antijurídicos al mismo tiempo esos actos porque, siendo aplicación de una ley plenamente constitucional, producen un resultado opuesto a la Constitución³.

Aquí hay que hacer una precisión, que, paradójicamente, abona la tesis de fondo que mantenemos. El párrafo segundo del artículo VI del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente: "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". El propio Tribunal Constitucional ha tenido que recordar que dicho precepto no ha perdido vigencia por causa de la Sentencia que examinamos, y así lo dice en la Resolución Aclaratoria de esta Sentencia, de fecha 13 de octubre de 2006 (Fundamento 8).

Sobre el particular conviene algunas consideraciones. La primera, que sin duda quiere el Tribunal hacer una especie de no muy correcto razonamiento a contrario sensu y dar a entender que esto constituye una excepción a la posibilidad general de inaplicar la norma legal o reglamentaria que no es inconstitucional, pero cuya constitucionalidad tampoco ha sido declarada por el Tribunal. La segunda, que no se entiende por que las normas no inconstitucionales han de tener tan distintas condiciones de aplicación, con la posibilidad de excepcionar los jueces las que no han sido expresamente declaradas inconstitucionales, pero no las otras. Una norma legal o reglamentaria no es menos constitucional, en su caso, por el hecho de que no haya tenido el Tribunal Constitucional ocasión para pronunciarse sobre dicha constitucionalidad. En tercer lugar, semejante distinción es un elemento más de los que contribuyen a situar al Tribunal Constitucional por encima del legislador y más allá de su función de control negativo de constitucionalidad. En efecto, las únicas normas legales que adquirirían plena vigencia y eficacia y que obligarían al juez terminantemente son aquellas que han sido expresamente ratificadas por el Tribunal Constitucional, que han recibido su visto bueno, su placet. Las otras quedan en una posición de menor importancia y jerarquía, abiertas siempre a que cualquier juez las inaplique al caso que bajo ellas encaja, porque no las considera compatibles con los valores constitucionales. Así puestas las cosas, el principio de vinculación del juez a la ley queda herido de muerte: los jueces solo están vinculados a las leyes (o reglamentos) que hayan recibido la aprobación expresa del Tribunal Constitucional. La vinculación a las demás leyes y reglamentos es solo en principio, claramente derrotable, mientras que los juicios del

Tribunal Constitucional son inderrotables, soberanos.

Esta situación que estamos viendo sorprende por lo que de incerteza introduce en el ordenamiento jurídico. Pero más sorprendente nos resulta a algunos el constatar que esa antijuridicidad o inconstitucionalidad del acto legal se establece por referencia a un valor moral, supuestamente constitucionalizado, con contenido lo bastante preciso como para justificar un efecto así. Una consecuencia tal supone el trastrueque radical de los esquemas del Estado de Derecho, supone una revolución de tal calibre como para alterar la esencia misma del Estado constitucional y democrático de Derecho. Fundamentemos este nuestro juicio radical, pero veamos antes como todo lo anterior esta presente en la Sentencia: "Por ello, nada impide -por el contrario, la Constitución obliga- a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10 o de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma" (F. 14). Y se agrega: "En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad" (F. 15) [el subrayado es nuestro]. Para que no queden dudas, mas adelante se afirma también que en el "Estado Democrático" opera el control jurisdiccional de la Administración y "desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución" (F. 20). Lo que no se nos explica es para que entonces perder el tiempo dictando leyes y reglamentos y para que gastar dineros en elegir parlamentos y pagarlos, si, al fin y al cabo, los parámetros de control ya están bien presentes y completos para cada caso en la Constitución. Tampoco se explica si ese "Estado Democrático" pretende ser además Estado de Derecho y si en el debe haber elecciones populares del legislador y que puede hacer este si lo que permite que sus decisiones se apliquen es que el resultado en cada caso no contradiga los valores y principios constitucionales.

Ningún problema plantea para los esquemas y presupuestos del Estado constitucional de Derecho que el juez, en uso de las competencias que el sistema jurídico-constitucional le confiera claramente, declare la antijuridicidad de un acto administrativo que se fundamenta en una ley inconstitucional, siempre y cuando, naturalmente, que esa inconstitucionalidad

3 Téngase en cuenta que no estamos hablando de supuestos de abuso del Derecho o de fraude de ley, sino de actos "legales" que no tienen tampoco esa tacha. Además, para establecer esos defectos tampoco es necesario acudir a un juicio de constitucionalidad.

se establezca de un modo no arbitrario. Ese es el caso, además, en la Sentencia que se examina.

En cambio, esa puerta abierta para que también pueda declararse antijurídico por inconstitucional un acto administrativo que es aplicación de una ley de cuya constitucionalidad no caben dudas, supone esa feroz ruptura del sistema a la que aludimos y de la que ahora queremos hablar; y más si el parámetro de tal inconstitucionalidad lo ofrecen valores y principios.

Nuestra tesis puede enunciarse así:

En un sistema jurídico en el cual se admita que a) se pueda declarar la inconstitucionalidad de actos de los poderes públicos que sean aplicación de normas legales que son constitucionales y, por tanto, plenamente respetuosos con los límites materiales o formales establecidos en esas leyes, y que b) dicho juicio de inconstitucionalidad se apoye en normas constitucionales de fuerte carga axiológica, sucederá lo siguiente: el juez podrá anular por inconstitucional cualquier acto de un poder público, con la única condición de que declare que ese acto, por sus contenidos o sus efectos, atenta contra los "valores y principios" constitucionales.

Cuando, al modo positivista, entendemos que el juez debe estar vinculado a la letra de la ley y de la Constitución en lo que esa letra tenga de clara o de delimitadora de las interpretaciones y aplicaciones posibles, estamos reconociendo al juez amplios márgenes de discrecionalidad, dados los inevitables grados de indeterminación del lenguaje normativo. Ahora bien, cuando se piensa que la vinculación suprema del juez tiene que ser a valores y contenidos axiológicos, estamos convirtiendo dicha discrecionalidad en absoluta y, lo que es peor, permitiendo que se torne en arbitrariedad, pues, valores en mano, es justificable el contenido de cualquier decisión.

Salvo, naturalmente, que se comulgue con un determinado absolutismo moral, con un objetivismo y un cognitivismo éticos de tal calibre como para entender estas dos cosas: a) que hay una única moral verdadera; b) que los contenidos de esa moral son suficientemente precisos para dictar solución para cualquier caso con relevancia moral; c) que el sustrato valorativo de la Constitución necesariamente esta constituido por esa moral verdadera única; y d) que, en consecuencia, la verdadera Constitución esta en esa moral. Es una magnífica forma de conseguir dar estatuto constitucional a la moral de uno, y más si uno es juez o, sobre todo, magistrado constitucional. Estos planteamientos que venimos criticando son los propios de la doctrina llamada neoconstitucionalismo.

Afortunadamente, los jueces constitucionales no vienen haciendo uso de todo el poder, del poder absoluto, que el neoconstitucionalismo les regala con base en su fobia al legislador democrático y su concepción mesiánica del Derecho y de su práctica. El ideal judicial del neoconstitucionalismo es el de un juez Salomón iluminado por el Espíritu Santo. A los magistrados constitucionales suele gustarles esa imagen sacerdotal u oracular con la que se los adorna desde la teoría, pero todavía tienen en muchos países algún reparo a la hora de asumir hasta sus últimas consecuencias la tesis de fondo: que el único soberano en el Estado es el juez y que lo es porque la suya es la boca que pronuncia las palabras de la suprema verdad, que es verdad moral y jurídica al tiempo y que esta contenida en una Constitución que no es mera letra sino, ante todo, el conjunto de contenidos dictados por una única moral verdadera o digna de ser tomada en consideración.

Pensemos en la anterior afirmación de la Sentencia sobre que se debe declarar la inconstitucionalidad de los actos que choquen con los "valores y principios" constitucionales, con el "orden objetivo de valores que la Constitución incorpora". Entre esos valores siempre va a estar, como no, la justicia, sea porque la propia Constitución la nombre "valor superior", sea porque se entienda que como va a haber una Constitución que merezca su nombre si no presupone la justicia como primer valor que la inspira y le da sentido. Concretemos con el ejemplo español, pues la Constitución Española en su artículo 1 recoge expresamente la justicia entre los que denomina "valores superiores" del ordenamiento jurídico español. El razonamiento "neoconstitucionalista" se hace bien simple a partir de ahí, y tendría los siguientes pasos: a) la Constitución es norma suprema del ordenamiento; b) Todas las normas jurídicas y todos los actos de los poderes públicos deben estar, en última instancia, sujetos a la Constitución, norma suprema; c) La Constitución expresamente recoge, positiva, valores, como este de la justicia; d) la Constitución no solo los recoge expresamente, sino que los nombra "valores superiores" y, por tanto, hace de ellos la parte más importante de esa norma más importante que es la propia Constitución; e) por consiguiente, todo Juicio de constitucionalidad, ya sea de una norma o de un acto de los poderes públicos, puede y debe ser un juicio de compatibilidad con esos valores y, en el supuesto que comentamos, con el valor constitucional superior justicia; f) Todo lo cual permite la siguiente conclusión: toda norma injusta y todo acto injusto -incluso aquel que es aplicación de una norma que en si no es inconstitucional ni por injusta ni por ninguna otra razón- son inconstitucionales por razón de esa su injusticia.

Añádanse al valor constitucional justicia los demás valores que, como tales valores, la Constitución proclama (dignidad, libertad, solidaridad, etc., etc.) y súmese la visión de muchas normas constitucionales como principios cuya sustancia es moral y cuya relevancia para cada caso puede “pesarse” mediante ese método llamado ponderación, y ya tenemos la situación perfecta para que los jueces puedan, en nombre de la Constitución a la que fervientemente aman, hacer lo que les de la gana. Siempre van a encontrar alguno de esos valores que les eche una mano para presentar su personal juicio de inconstitucionalidad como aplicación objetiva e imparcial de esos valores constitucionales tan importantes y precisos.

Afortunadamente, los jueces constitucionales no vienen haciendo uso de todo el poder, del poder absoluto, que el neoconstitucionalismo les regala con base en su fobia al legislador democrático y su concepción mesiánica del Derecho y de su práctica.

Hay una manera de salvar mi objeción anterior, solo una: afirmar que esos valores constitucionales forman parte de una única moral objetivamente verdadera y que al juez se le muestra, y, además, que esa moral y esos valores tienen capacidad resolutoria suficiente para brindar por sí mismos la solución de los casos, sin dejar sitio para la discrecionalidad judicial o haciendo que esta solo este presente en ocasiones puntuales y casos marginales. Esto es lo que suelen pensar los constitucionalistas que profesan muy marcadamente algún credo religioso y que, en consecuencia, hacen, por ejemplo, una interpretación fundamentalista de los derechos fundamentales. Para ellos, por ejemplo, cuando la Constitución consagra el derecho a la vida no hay más que una interpretación posible de los alcances de ese derecho, alcances excluyentes de toda posibilidad constitucional de legalización del aborto. Lo que a mí, modestamente, se me hace mas raro, es entender que planteamientos así, de estos que llamamos neoconstitucionalistas, sean de tanto agrado para juristas y constitucionalistas que se dicen enemigos de toda forma de absolutismo moral, defensores del pluralismo y partidarios de la democracia y el Estado democrático de Derecho. Será, tal vez, nostalgia de la fe perdida, búsqueda de sucedáneos, miedo a lo que puedan legislar libremente los ciudadanos a través de sus representantes, en uso de los derechos políticos que la Constitución les

garantiza y dentro de los márgenes de libertad que las indeterminaciones y autorizaciones constitucionales les permiten.

Ese absolutismo moral es admisible como una de las ideologías que la Constitución permite que convivan en el seno de la comunidad, pero es imposible como doctrina constitucional explicativa de una Constitución pluralista y que asegure derechos políticos de los ciudadanos. Detengámonos en esto.

Pongamos el valor constitucional V. Puede el lector sustituir la variable V por el valor constitucional justicia, o dignidad, o solidaridad, o libertad, o igualdad, etc., etc.; o por “principios” tales como el de libre desarrollo de la personalidad, por mencionar solo un ejemplo. Sabemos que V, según la doctrina que analizamos, es parámetro de constitucionalidad de los actos administrativos, parámetro muy destacado, además. Que sea parámetro de constitucionalidad quiere decir que posee un contenido con el que ha de medirse o compararse el contenido del acto de la Administración del que se juzgue. Llamemos α a dicho acto de la Administración. El contenido de α , por tanto, no puede ser contrario a lo prescrito por V; si lo es, α será inconstitucional.

Por consiguiente, para que V pueda funcionar como parámetro de constitucionalidad, V ha de tener algún contenido. Ese contenido puede estar presente en V antes de que el juez use V, de modo que dicho contenido antecede al juicio del juez que dirime sobre la constitucionalidad de α , o puede ser puesto en V por el propio juez. Como tercera posibilidad, podría también sostenerse que el contenido de V en parte antecede al juez y en parte es completado por éste.

a) Si es el juez el que le pone el contenido a V, el que rellena V de unos contenidos u otros, tendríamos que ese juez crea materialmente ese parámetro de constitucionalidad que luego va aplicar en su juicio de constitucionalidad. En consecuencia, ese juicio de constitucionalidad de α sería plenamente subjetivo y control de constitucionalidad en aplicación de V querría decir esto: el juez puede declarar la inconstitucionalidad de α siempre que quiera y con solo asignar a V un contenido incompatible con α . Si a la gran diversidad de contenidos con que se puede rellenar V se añade la presencia de una pluralidad de valores constitucionales $V', V'' \dots V_n$, también con gran apertura y potencialmente contradictorios, tendríamos que la suma de la indefinición del contenido de cada valor mas la presencia de múltiples valores que obran como parámetros constitucionales permite, al menos en hipótesis, que el juez declare inconstitucional exactamente cuanto quiera. Su personal ideología, sus preferencias subjetivas, serían el supremo y único, o casi, parámetro de constitucionalidad.

El neoconstitucionalismo o sentencias como la que

estamos viendo no pueden suponer que valga lo anterior, no pueden partir de que V no tiene contenido preestablecido y que es el juez el que se lo introduce; salvo que neoconstitucionalistas y jueces como estos sean unos absolutos cínicos que no quieran más que aumentar el poder judicial a costa de la democracia y del principio constitucional de soberanía popular. Y no creemos que ese sea el caso. Así que habremos de pensar que su razón ha de estar en la segunda posibilidad, que pasamos a ver.

b) Pongamos ahora que V tiene un contenido que antecede a cualquier opinión del juez que aplica V como pauta de la constitucionalidad de α . Ese juicio aplicativo del juez será un juicio objetivo, no subjetivo o puramente personal y dependiente de su particular ideología, por ser objetivo el metro que aplica. Cuando yo mido en metros y centímetros una cosa, estoy aplicando un "metro" cuya extensión no creo yo según mis gustos, sino que esta ahí fuera y existe independientemente de mí. Cuando respondo a la pregunta de si el pescado a la plancha me gusta o no me gusta, mi juicio es subjetivo, pues el "metro" en este caso está en mis propias preferencias y no otra cosa que tales preferencias manifiesto con mi respuesta. Lo que estamos debatiendo es a cuál de esas dos situaciones se asemeja el juicio del juez que aplica V a α .

¿De qué tipo puede ser ese contenido objetivo y previo de V? Puesto que se trata de un valor, su contenido ha de ser un contenido moral y ha de permitir al que juzga aplicar la correspondiente calificación moral positiva y negativa, moral e inmoral. Si V es el valor constitucional justicia, su contenido ha de servirnos para diferenciar entre actos o estados de cosas justos e injustos. Puesto que la justicia es parámetro constitucional, los actos o estados de cosas justos serán constitucionales y los injustos serán inconstitucionales. Y así podríamos seguir ejemplificando los contenidos posibles de V. Si V representa el valor dignidad, tiene que contener los patrones que permitan diferenciar objetivamente entre digno e indigno. Es decir, puesto que V tiene contenido objetivo, el otorgamiento de la calificación de justo o injusto (o de compatible o incompatible con la dignidad, con el libre desarrollo de la personalidad, etc., etc., y, correlativamente, de constitucional o inconstitucional) no puede estar al albur del juez, sino que tiene que ser aplicación de un metro preestablecido.

La preexistencia del metro es primera condición. La segunda, que ese metro sea suficientemente exacto como para poder resolver los casos no evidentes, los que en la doctrina jurídica suelen llamarse casos difíciles. Si a mi me piden que compare un hipopótamo

adulto y un ratoncito de laboratorio y que diga cual es más grande, no necesitare ni ir a buscar la cinta métrica ni pedir ningún aparato de precisión para la medida; miro o "pondero" a ojo, sin error posible. Lo evidente es evidente. Pero si entre dos manzanas muy similares me piden que diga cual tiene mayor perímetro, puede que necesite medir aplicando un metro o escala bien precisos.

Tenemos, pues, que el hacer de V un parámetro objetivo del juicio de constitucionalidad de α presupone una pauta cuyo contenido es axiológico (pues V es un "valor" constitucional moral) y cuya preescisión debe ser suficiente para resolver casos difíciles, casos en los que hay que hacer un juicio constitucional "de precisión". De este doble presupuesto se deriva una consecuencia de la que hay muy difícil escapatoria: ha de ser una moral determinada, un sistema moral determinado, el que proporcione esos contenidos suficientemente concretos como para tener la requerida capacidad resolutoria. Si se entremezclan morales distintas a la hora de dar contenido a V, los contenidos de V serán internamente contradictorios, con lo que el mismo valor, V, podría justificar respuestas contrapuestas sobre la constitucionalidad de α , entre las que el juez tendría que elegir, de modo que volveríamos al carácter puramente subjetivo del juicio de constitucionalidad de α . A lo que se suma el hecho de que si los distintos valores constitucionales V, V'...Vn son cargados de contenido dirimente desde diferentes sistemas morales, se crean entre ellos antinomias de tal calibre como para que sea "constitucionalmente" posible cualquier respuesta a la pregunta por la constitucionalidad de α . También por esta vía retornaría el subjetivismo que se quiere evitar si no hemos de ver al neoconstitucionalismo convertido en un derroche de cinismo o inconsciencia.

Si ha de ser un determinado sistema moral el que aporte esos contenidos de V y de los demás valores constitucionales, la pregunta es cual. No puede ser el sistema moral con el que comulgue el juez, por la obvia razón de que por ahí asomaría de nuevo, y de lleno, el subjetivismo del juicio constitucional que aplica V. ¿Cual puede ser entonces? Aquí llegamos a la suprema aporía de estas doctrinas neoconstitucionalistas y moralizantes de la Constitución. Pues ese sistema moral objetivo que rellene de contenido los valores constitucionales no puede ser ninguno, absolutamente ninguno. ¿Por qué? Porque es radicalmente inconstitucional afirmar que este o aquel sistema moral concreto es el que impregna de contenido los valores constitucionales y sirve de patrón para la aplicación de las normas de la Constitución. Pretender tal cosa equivale a meterle a la

5 Concretamente, el metro, como unidad de medida, es la diezmillonésima parte del cuadrante del meridiano terrestre, cuyo patrón está reproducido en una barra de platino irradiado y se encuentra depositado en París.

6 Naturalmente, cabe también hablar de otro tipo de valores (económicos, físicos, etc.). Pero todos los que dan enorme importancia en este tipo de teorías a los valores "constitucionales" están siempre pensando en valores morales y, además, en la presencia de estos apoyan su insistencia en la inescindible unión entre Derecho y moral y su correspondiente objeción a la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral.

7 No hace falta ni decir cuán distintos son los contenidos de lo justo según que manejemos un sistema moral religioso o laico, individualista o colectivista, liberal o socializante, etc., etc., etc. Y lo mismo que decimos de la justicia podemos decirlo de cualquiera de los otros valores o principios de base axiológica.

Constitución la más mortífera carga de profundidad y hacer que vuele por los aires su sentido de ser la norma básica de un Estado de Derecho que, precisamente, reconoce derechos fundamentales a los ciudadanos. Expliquemos esto con algún detenimiento.

En primer lugar, nuestras constituciones son constituciones pluralistas, hechas para una sociedad pluralista y para que ese pluralismo quede garantizado. La Constitución Española también cita el pluralismo entre esos "valores superiores" del artículo 1, cosa que no menciona prácticamente ninguno de los neoconstitucionalistas que se recrean en los otros valores de ese artículo. Si el pluralismo es guía y razón de ser de la Constitución misma, tiene que quedar por definición excluido que la propia Constitución tome partido por un determinado sistema de valores morales y con la pretensión de que en ellos se encierra la verdad moral objetiva. Esa Constitución estaría diciendo al tiempo dos cosas difícilmente conciliables: una, que todos tienen derecho a elegir su moral y a vivir en consonancia con ella; otra, que moral verdadera solo hay una, por lo que los cultivadores de las otras ven reconocido, todo lo mas, su derecho a equivocarse.

Pero ni siquiera ese derecho al yerro moral se estaría protegiendo. Nuestras constituciones presentan y garantizan derechos políticos, al servicio de la idea de que el gobierno de los asuntos públicos debe hacerse participativamente y en común. Es mas, algunos derechos de libertad, como las libertades de expresión e información, se maximizan en su alcance y protección por la importancia que tienen para que pueda formarse una opinión publica libre y desde ella se controlen y gobiernen los asuntos colectivos y se establezcan las normas de la vida en común. Que la Constitución proteja así la practica de la política de autogobierno de los ciudadanos y, por ello, sus derechos políticos, implica que los ciudadanos han de poder hacer valer las normas que establezcan como normas legales a través de sus representantes y conforme al régimen democrático de mayorías. La Constitución pone unos límites a los resultados posibles de ese libre juego de la política, a los contenidos posibles de las normas legales que se puede así crear. Y establece mecanismos para que se declare la inconstitucionalidad de la norma que sobrepase tales límites. La Constitución, pues, acota el campo de las decisiones posibles, pero sin eliminar la pluralidad de decisiones posibles en nombre de ningún maximalismo o punto optimo de realización de valores y principios⁸.

En este momento hay que tener muy presentes

dos cosas. La primera, que si ese juicio de constitucionalidad de las leyes se hace usando valores constitucionales como parámetros y si es el propio juez el que decide cual es el contenido de esos valores, la soberanía popular queda irremisiblemente desplazada por la soberanía judicial, pues puede el juez por ese camino declarar inconstitucional cualquier norma que personalmente no le guste y que a el moralmente le repugne. ¿Y si lo que el juez aplica al emplear esos parámetros de constitucionalidad es una moral determinada, un determinado sistema moral o sistema objetivo de valores? Pues tendríamos que los resultados normativos de la convivencia plural en sociedad, de la interacción entre morales plurales y que deben ser igualmente respetadas por la Constitución, son desplazados por una moral única, que actuaría como censara y que solo permitiría que las mayorías gobiernen y legislen cuando los resultados no sean incompatibles con los postulados de esa moral verdadera única. La soberanía, en suma, habría pasado a estar en las normas de esa moral o, en términos personales, en los que profesen esa moral o sean sus "sacerdotes". A los límites que a los contenidos posibles de la ley democrática y participativamente creada ponen las palabras de la Constitución de todos, se sumarian los limites que a esos contenidos posibles pone una determinada moral, que es la moral de solamente algunos. Y los contenidos normativos de la Constitución de todos, de la Constitución de una sociedad plural y pluralista, no pueden estar determinados por la moral de ningún grupo particular. Ningún grupo particular tiene legitimidad constitucional para entender que esta constitucionalmente reconocido su derecho a hacer de su moral la Constitución o a hacer la Constitución a la medida de su moral.

Si a la posibilidad de que de esa manera se haga el control moral-constitucional de la constitucionalidad de las leyes se agrega la posibilidad de que los jueces excepcionen toda aplicación de las normas constitucionales que les parezca inconstitucional por sus efectos, medidos estos desde los valores de una determinada moral verdadera, el abuso se consuma y definitivamente habrá cambiado la regla de reconocimiento que preside el sistema. Podremos entonces decir que Derecho es aquello que para cada caso deciden los portavoces de la moral verdadera. En ese momento, habremos retornado al más primitivo de los derechos. Ese momento, desgraciadamente, parece muy cercano; o tal vez ha llegado ya.

c) Nos queda por analizar una tercera posibilidad: que los contenidos de V vengan en parte dados de antemano, sean contenidos objetivos en si

8 Valores y principios respecto de los que se cumple otra "ley": cada valor o principio constitucional tiene, como mínimo, otro valor o principio constitucional que se le opone, y el punto de optima realización compatible de los opuestos es una mera hipótesis de escuela, una utopia que solamente puede estimarse realizable desde un armonicismo axiológico de fondo. Ese armonicismo no solo presupone que existen en alguna región ontológica o reino del ser esos valores morales con contenido objetivo y suficientemente preciso, sino que coexisten en armonía y delimitando por si sus respectivas esferas, resolviendo sus conflictos, reemplazando la tensión dialéctica entre ellos por una amorosa convivencia y un amistoso reparto de los respectivos alcances regulativos. Es la arcadia axiológico-constitucional de buena parte de ese neoconstitucionalismo actual que tiene sus ancestros principales en los muy conservadores maestros alemanes de los años cincuenta y sesenta, reconvertidos al derecho natural y al humanismo cristiano después de perder la Guerra. Y vaya usted a saber si se habrían convertido y reconvertido así en caso de que la hubieran ganado.

subsistentes, y que en parte sean contenidos añadidos y completados por el juez. Esta vía parece atractiva, pues da satisfacción a la siguiente idea: valores como la justicia no tienen contenido suficientemente preciso como para que podamos saber en cada caso que es exactamente lo justo, porque concurren diversas teorías o sistemas morales, cada uno con su visión de esos contenidos; pero sí que es posible detectar ciertos contenidos que todo ser humano razonable considerara justos o considerara injustos a día de hoy, y ello sea cual sea el sistema moral concreto a que cada uno se adscriba.

En tal sentido, podemos leer nuestras constituciones como depositarias de esos mínimos morales comunes a nuestras sociedades en estos momentos históricos. Que duda cabe de que ninguna norma jurídica positiva cae del cielo, incontaminada de moral positiva, y más las constituciones. Es sencillo presentar los contenidos esenciales de nuestras actuales constituciones como plasmación de los ideales éticos de la modernidad, actualizados por las luchas de determinados grupos sociales (mujeres, obreros, minorías raciales, minorías religiosas, etc., etc.) y reflejo también de las experiencias más traumáticas de los últimos siglos, y muy en particular del siglo XX.

En efecto, por debajo de nuestras constituciones late una moral positiva muy determinada. Pero, ¿de qué tipo? De tipo muy general. Esa moral acoge elementos comunes de ideologías morales y políticas diferentes y expresa bajo forma de suprema normatividad jurídica una convicción común y básica: todos esos diferentes credos y modos de ser y de vivir han de poder convivir respetándose y bajo unas reglas de juego compartidas. La moral que esta por debajo de la Constitución es una especie de supramoral o de metamoral que no da la razón a este o a aquel sistema moral concreto, sino que aprehende elementos comunes a todos y, sobre todo, da forma a la idea de que el primer requisito de una moral moderna es el de no ser absoluta, el de permitir que en libertad y sin miedo convivan (los fieles de) sistemas morales distintos.

Sería, por consiguiente, esa moral constitucional una moral de mínimos. Ahora bien, de una moral constitucional así debemos decir dos cosas. La primera, que sus contenidos carecen de capacidad resolutoria de esos casos llamados difíciles. Hay casos evidentes, por ejemplo de evidente atentado a la injusticia o a la dignidad en tanto que valores constitucionales. Así, el encierro y tortura de un grupo de personas en un campo de concentración. La evidencia proviene que se coincidiría en el juicio desde todos o la inmensa mayoría de los sistemas morales que bajo la Constitución conviven y en ella hallan protección. Pero de estos casos evidentes son pocos los que llegan a los tribunales, pues por lo obvio no se suele pleitear. La mayoría de los casos que los tribunales

tienen que decidir son casos que admiten diferentes y contradictorias soluciones razonables a tenor de la Constitución, con la Constitución en la mano y hasta con los valores constitucionales en la mano, entendidos estos como expresión del mínimo moral compartido. Así que cuando un tribunal resuelve tales casos ejerce discrecionalidad y así debe ser reconocido, con la consecuencia adicional de que puede haber muy buenas razones, razones constitucionales, para que el juez se "autocontrole" y procure no alterar por completo el esquema constitucional de poderes y legitimidades. Lo que no resulta ni admisible ni creíble es que el juez constitucional pretenda que en esos casos su juicio, dentro de esos márgenes, no es opción personal, todo lo bienintencionada que se quiera, sino resultado de un cotejo del caso con el parámetro de un valor constitucional o del valor que da sentido a cualquier precepto constitucional⁹.

En segundo lugar, no se debe olvidar que el legislador constitucional ya tuvo buen cuidado de no limitarse a enumerar valores y principios, sino que lo que más le importaba lo protegió expresamente bajo forma de derechos y de las consiguientes obligaciones. Los límites marcados por esa moral mínima común se expresan en el tenor de las normas constitucionales positivas, especialmente las de derechos fundamentales; en la parte clara o indiscutible de ese tenor. Aquella vieja idea, que expresara entre los primeros G. Durig al comentar en 1958 el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, y según la cual en dicho artículo, en el que se dice que "La dignidad humana es inviolable", ya están in nuce contenidos todos los derechos fundamentales y hasta la Constitución toda, no puede ser aceptada, si no es a un precio muy caro. Durig razonaba dando por supuesto que la moral verdadera es la moral católica y que esa moral es sistemática y completa. Con las cláusulas de valor contenidas en la Ley Fundamental de Bonn se estaría, según Durig, constitucionalizando esa concreta moral. Por eso podrá Durig insistir, también de los primeros, en que los derechos fundamentales expresan y se basan en "un orden objetivo de valores". Idea esta que encanto al Tribunal Constitucional Federal Alemán desde el caso Luth, también de 1958, y que le permitió pasarse casi dos décadas decidiendo de modo absolutamente parcial, cuasiconfesional, conservador y muy del gusto de los exmilitantes del partido nazi que copaban los poderes públicos, incluido el poder judicial y muchos de los sillones del propio Tribunal Constitucional. Si muchas constituciones pudieran, seguro que se harían el harakiri al ver que (sistema de) valores les imputan aquellos a los que ellas nombran para que sean sus guardianes; o quienes son y de donde han salido esos guardianes. La historia del constitucionalismo moderno suele recordar a Drácula cuidando celosamente el banco de sangre; de nuestra sangre.

9 Con una consecuencia más. Normalmente, cuando el juez pretende que no ha hecho más que cotejar el caso con el parámetro constitucional axiológico acaba fallando dogmáticamente, con escasísima argumentación, sin fundamentar su decisión en nada que no sea ese "créanme, yo lo he visto".

2. ¿Precedentes o Legislación por la Puerta de atrás?

La Sentencia que analizamos tiene su mayor novedad y relevancia en la doctrina que sienta sobre el precedente constitucional. Acabara por justificar la labor puramente legislativa del Tribunal Constitucional, si bien encajando esa legislación bajo el muy equívoco nombre de “precedente constitucional”. Sigamos paso a paso la argumentación del Tribunal sobre este extremo.

En el sistema jurídico peruano se habría introducido el concepto de “precedente constitucional vinculante”, a raíz del Código Procesal Constitucional. Dice la Sentencia que “(E) llo comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado, resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros” (F. 36). Esto suena extraño, pues estamos acostumbrados a entender que los tribunales que tienen capacidad para sentar precedentes vinculantes lo hacen precisamente mediante la resolución de casos, siendo la *ratio decidendi* de esas resoluciones la que obra como precedente. Aquí, obviamente, se está introduciendo una noción de precedente completamente distinta, como veremos.

¿Que dice el Código Procesal Constitucional sobre el asunto? Su artículo VII establece lo que sigue: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. ¿Que interpretación cabe dar a este precepto? Al menos su lectura aislada hace pensar que el Tribunal puede modular el alcance de su decisión como precedente vinculante. Se entiende que ese precedente, así modulado por el propio Tribunal en los contenidos que son vinculantes, desplegara esa vinculatoriedad para los órganos inferiores que resuelvan litigios en sede jurídica, paradigmáticamente los jueces y tribunales ordinarios. Parece obvio que para el propio Tribunal Constitucional el precedente no es vinculante, pues puede apartarse de él, aunque sea con la exigencia formal de explicitar las razones del cambio de rumbo decisorio. ¿Hay algo en este artículo VII que obligue a pensar que está dando al Tribunal Constitucional facultades para, en sus sentencias, dictar normas de

características y efectos idénticos a las normas legales? Parece claro que no. Además, aun cuando cupiera esa interpretación, que nos parece tremendamente forzada, seguramente debería ser descartada por incompatible con la Constitución misma, con su reparto de poderes y controles y con su asignación de legitimidad a los distintos poderes del Estado. Un Tribunal Constitucional con facultades no meramente anulatorias de normas por inconstitucionales, sino puramente legislativas, contradice los fundamentos y estructuras más elementales de un Estado que se dice constitucional y democrático de Derecho.

Conviene examinar ese artículo conjuntamente con el anterior, el VI, por si de esa observación conjunta sale con necesidad o razonabilidad esa sorprendente legitimación legislativa del Tribunal Constitucional. En su párrafo tercero dice así el artículo VI: “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”. Debemos entender que aquí se alude al valor de las decisiones del Tribunal como precedente judicial, mientras que el artículo VII constituye un tipo de precedente distinto, consistente en la promulgación de una norma nueva por el Tribunal? Me parece que es muy sencillo salvar la compatibilidad entre esos dos preceptos sin necesidad de abocarlos a esa interpretación inconstitucional que tanto agrada al guardián de la Constitución. El artículo VI se refiere al efecto vinculante que tiene la interpretación que, en sus sentencias, haga el Tribunal Constitucional de los preceptos y principios constitucionales. Esto significa que el Tribunal Constitucional fija con sus interpretaciones el sentido de las normas constitucionales, concretando o determinando así ese sentido, de modo tal que al aplicar esas normas constitucionales los jueces no pueden contrariar esa interpretación, han de atenerse a ella y no pueden guiarse por interpretaciones alternativas de las normas constitucionales.

Por su parte, el artículo VII podemos entender sin mucho esfuerzo que se refiere a otra cosa: a la vinculatoriedad, como precedente, de las decisiones en sí del Tribunal y en lo que este quiera que de esa manera vinculen. Aquí no se trata de la vinculatoriedad de sus interpretaciones de las normas de la Constitución, sino de sus valoraciones e interpretaciones de otras normas o de actos, situaciones o estados de cosas. Un ejemplo lo podemos ver en el mismo asunto que se trata en esta Sentencia. Con base en la Constitución, como no podría ser de otra manera, entiende el Tribunal que la norma que obliga al que reclama contra una multa a

10 En mi opinión, si ese fuera el contenido de alguno de estos artículos, los convertiría en inconstitucionales; y mejor haría el Tribunal en evitar esa interpretación inconstitucional de los mismos que vamos a ver, en lugar de forzarla para aumentar sus propias competencias en detrimento del reparto constitucional de competencias.

11 El derecho y la jurisprudencia comparados nos muestran la siguiente constante, que podríamos llamar la tercera ley del activismo judicial neoconstitucionalista: Cuanto más un tribunal constitucional invoca la necesidad de salvaguardar las esencias y contenidos valorativos de la Constitución como base de la extensión de sus propias competencias, tanto menos se hace la siguiente pregunta: ¿quién protege la Constitución si el propio Tribunal Constitucional se extralimita y, so pretexto de defenderla, la altera por completo y la hace decir lo que el Tribunal quiera o a sus magistrados –o a quien los nombra– más les convenga?

pagar una cantidad de dinero en concepto de tasa de impugnación es inconstitucional, y lo es por atentar contra varias normas de la Constitución. Lo que a tenor del artículo VII, interpretado de modo deferente con la propia Constitución, el Tribunal puede hacer es declarar que esa decisión tiene valor de precedente y, en su caso, decir con que alcance o para que supuestos. Con ello se estaría sentando el valor obligatorio para el futuro, para todo juez, de la regla contenida en la ratio decidendi y que vendría a decir que no puede considerarse constitucional ni, por tanto, aplicarse una norma que exija algún tipo de pago como condición para la reclamación frente a una multa administrativa. Insistimos en el diferente objeto del artículo VI y del VII. El primero hace vinculantes siempre las interpretaciones de las normas constitucionales que realice el Tribunal Constitucional. El segundo hace vinculantes, en tanto que precedentes, las pautas decisorias de los casos en lo que el Tribunal quiera, y siempre teniendo en cuenta que entre las que llamamos pautas decisorias no figura la interpretación de las normas constitucionales, que en virtud del artículo VI obliga siempre.

Ahora veamos lo que sobre la base de esos artículos urde el Tribunal Constitucional en esta Sentencia y como lo justifica.

Por de pronto, la diferencia entre jurisprudencia vinculante, a la que alude el artículo VI, y "precedente", de que habla el artículo VII, la despacha de la siguiente forma. En primer lugar, la expresión "de los mismos", del párrafo tercero del artículo VI, la entiende referida no solo a "los preceptos y principios constitucionales", sino también a "las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos". Sintácticamente esa interpretación cabe, al igual que cabe la que nosotros hace un momento hemos propuesto, pero tiene un grave inconveniente, del que, sin embargo, el Tribunal saca beneficio: fuerza a entender que el artículo siguiente, el VII, o es redundante o debe ser interpretado como conferidor de poderes de legislador positivo al Tribunal Constitucional. Pero, ¿como vamos a preferir esa interpretación tan claramente inconstitucional? ¿Solo porque le de mas competencias al Tribunal Constitucional so pretexto de que tenga mas poder para proteger los derechos fundamentales¹⁴?

Realiza el Tribunal una primera distinción sumamente artificiosa, presente en el párrafo que antes citábamos. A tenor de el, serian distintas las "dos funciones básicas" que tiene el Tribunal Constitucional. Una consiste en resolver conflictos y la otra en poner precedentes. Esto resulta revolucionario para toda teoría del precedente

judicial, pues posiblemente es la primera vez que la función de sentar precedentes se independiza de la de resolver casos. Hasta hoy, se entendía que no toda resolución de casos tiene valor de precedente (eso dependerá de lo que en concreto dispongan sobre el particular las normas del sistema jurídico de turno), pero que todo precedente se establece en la resolución de un caso, pues lo que como precedente vale se contiene en la ratio decidendi de ese caso. Quizá el no querer forzar demasiado esta novedosa separación es lo que hace que el Tribunal acabe esmerándose, mas adelante, por afirmar que alguna vinculación tiene que entre el caso que se resuelve y esa norma "legal" que el Tribunal dicta en aplicación de su interpretación del artículo VII y del consiguiente estiramiento de sus propias competencias.

Cita la Sentencia los supuestos en los que en el Derecho norteamericano se admite que puede el Tribunal Supremo "dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura": existencia de interpretaciones divergentes en la judicatura inferior, existencia de una laguna que conviene llenar y cambio del propio precedente, anulando el anterior y estableciendo uno nuevo (F.37). Pero como ahí no se encuentra base que justifique la actividad propiamente legislativa que el Tribunal quiere adoptar, dice que hacen falta parámetros distintos que encajen mejor con "nuestro contexto y nuestra tradición jurídica". Este extranjero que tiene la osadía de escribir este comentario, confiesa que desconocía por completo que en Perú existiera una tradición no solo de creación jurisprudencial de Derecho, sino, más aun, de actividad legisladora de las altas cortes judiciales.

Y seguidamente va a entrar el Tribunal en la enumeración de las causas que, en su opinión, hacen necesaria su concepción del precedente e inevitable la consiguiente legitimación del Tribunal como legislador. La primera es que en el sistema constitucional peruano no se prevé algo similar a lo que en España se conoce como "autocuestión de constitucionalidad", es decir, un procedimiento que en los procesos que no son de control abstracto de constitucionalidad, sino resolutorios de recursos que invocan la vulneración de derechos fundamentales, el propio Tribunal Constitucional pueda utilizar para declarar con efectos erga omnes la inconstitucionalidad de una norma que, a tenor del Derecho peruano, solo puede declarar inconstitucionalidad para el caso que se resuelve¹⁵. Así que, puesto que no esta previsto tal mecanismo ni en la Constitución de Perú ni en norma ninguna del bloque de constitucionalidad, pone el Tribunal Constitucional

12 Véase el fundamento 42. Se concluye ahí: "La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo" [El subrayado es nuestro].

13 En cualquier caso, el Tribunal no se molesta en justificar su opción interpretativa correlativa de los artículos VI y VII.

La presenta como si no cupiera otra. No hay mas que leer el fundamento 43 para ver que sobre el asunto esencial y mas determinante en esta Sentencia se pasa de puntillas y como mirando para otro lado.

14 Es el momento de mencionar la que podemos llamar cuarta ley del activismo judicial neoconstitucionalista: Cuando se propugna que los tribunales tengan más poder para que cumplan mejor su función de proteger los derechos fundamentales, se excluye por definición todo riesgo de que ese plus de poder lo usen en contra de los derechos fundamentales, aprovechando su condición de controlador último o incontrolado. También la podríamos llamar ley del optimismo judicial contrafáctico o ley de los ojos cerrados frente a lo que en el pasado ha sucedido en muchas partes.

manos a la obra para crearlo, pues estima que debería existir. Con ello, en mi opinión, esta haciendo algo aun más serio que suplantar al legislador ordinario: esta ocupando el lugar del mismísimo legislador constituyente, pues por su cuenta y riesgo añade un mecanismo constitucional nuevo. Si dicho mecanismo no existía en el sistema peruano, habrá que pensar, necesariamente, que es porque quien pudo crearlo y tenía legitimidad y competencia para introducirlo no quiso hacerlo, sabiendo, como sin duda sabía¹⁶, que procedimientos así los había variados en el Derecho comparado.

Hagamos una comparación, rizando el rizo y forzando el absurdo. Tampoco en el sistema constitucional peruano esta prevista la monarquía, pese a que esa variedad de jefatura de Estado existe en varios Estados constitucionales actuales, España entre ellos. ¿Qué diríamos de un Tribunal Constitucional que, por opinar que la monarquía es muy conveniente para un país y permite una mejor lectura de ciertos principios constitucionales, la introdujera por su cuenta y riesgo, bien "interpretando" así las normas constitucionales referidas a la Jefatura del Estado, bien añadiéndole de su cosecha un trozo nuevo a la Constitución? ¿En qué se basa concretamente el Tribunal Constitucional para introducir en el sistema constitucional peruano un equivalente a la "autocuestión de constitucionalidad" española? En su interpretación del citado artículo VII del Código Procesal Constitucional. ¿Qué interpretación es esa y cómo la argumenta el Tribunal? Ni un solo argumento propiamente interpretativo se da al respecto, nada se dice sobre las palabras y enunciados del artículo VII, sus posibles sentidos y las razones para optar por uno u otro de esos sentidos posibles. El razonamiento que encontramos vendría a ser este, en esquema: a) es necesario que en Perú exista un sistema de anulación con efecto erga omnes de la norma cuya inconstitucionalidad se afirma cuando se resuelve un caso que no es de control abstracto de constitucionalidad; b) la norma que mejor se presta para ser usada como base para ese fin es el artículo VII del Código Procesal Constitucional; c) por tanto, esa es la correcta interpretación de dicha norma y en la misma tiene el Tribunal Constitucional la base para poder anular con efectos erga omnes normas jurídicas en dichos procesos que no son de control abstracto¹⁷.

No conviene perder de vista otro sutil detalle. Hasta aquí parece que lo que el Tribunal quiere justificar es una ampliación de su función de legislador negativo, de modo que dicha función no se de solo en los procesos de control abstracto de constitucionalidad.

Pero me temo que esa apariencia es engañosa, pues a lo que se va es a justificar también sus competencias como legislador positivo, como legislador propiamente dicho, que no se limita a anular normas, sino que puede de su cosecha dictar otras nuevas que las sustituyan. Fijémonos en que en el párrafo que acabamos de citar, correspondiente al Fundamento 40, incluye entre los supuestos que pueden dar lugar a esa actividad "legislativa" del Tribunal Constitucional los dos siguientes: que estemos ante una norma (no cuestionada en un proceso de control abstracto) inconstitucional que afecte de modo general a un amplio número de personas "o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general" (F. 40) [el subrayado es nuestro]. En este último caso lo anulado serán esos actos, no las normas. Pero ahí, si hay actividad normativa bajo la forma de esto que el Tribunal llama "precedente constitucional", solo podrá ser a la manera de norma positiva, de legislación efectiva. Es decir, la norma que el Tribunal dicte ya no podrá ser meramente del tipo "queda anulada la norma N", sino de este otro cariz: "Para los actos como A, que aquí ha sido anulado, regirá en el futuro la siguiente norma: <<quedan prohibidos los actos de tipo A>>". De todos modos, 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 propias y puramente legislativas.

Al final, lo que se hace es afirmar el poder normativo del Tribunal y sostener que los límites de ese poder, si los hay, serán los que ponga el propio Tribunal. Es decir, hay un nuevo soberano en el sistema constitucional peruano, pues puede legislar hasta donde el quiera y sus normas están incluso por encima de la ley, como pronto vamos a ver, según se dice en la Sentencia, esta técnica del precedente permite "que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente" (F. 44). Después de concluir tal cosa, el Tribunal menciona algunas de esas limitaciones que se autoimpone a la hora de dictar leyes¹⁸. Pero como, a tenor de su norma reguladora, el Tribunal puede cambiar su propio precedente y, obviamente, su propia jurisprudencia, esas autolimitaciones valdrán solo mientras el quiera mantenerlas. Según

15 Dice la Sentencia: "Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (Habeas Corpus, Habeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos" (F. 38). Y continúa: "Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados" (F. 38).

16 También es profundamente "anticonstitucional" operar con larvadas presunciones de ignorancia o escasa pericia del poder constituyente o del legislador que configura el bloque de constitucionalidad.

la concepción primera de la soberanía, la absolutista, soberano es aquel que puede dictar normas para los súbditos sin quedar el mismo sometido a ellas. Cuando el supremo y último interprete de la Constitución tiene la posibilidad de dar a esta los sentidos que prefiera y, sobre todo, de usarla para ampliar sus propias competencias hasta donde desee, y cuando no lo mueve ningún propósito de self-restraint, cabe pensar que no solo hemos cambiado de soberano y perdido aquel que la Constitución quería, sino que, además, hemos retornado al absolutismo, aunque sea un absolutismo disimulado y vergonzante.

(...) hay un nuevo soberano en el sistema constitucional peruano, pues puede legislar hasta donde el quiera y sus normas están incluso por encima de la ley, como pronto vamos a ver, según se dice en la Sentencia, esta técnica del precedente permite “que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente.”

Por último, en el Fundamento 49 se contiene un non sequitur bien llamativo, pero muy relevante para la auto atribución de poder legislativo por el Tribunal Constitucional. Léanse con detenimiento estas frases: “El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la

regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”. Ahora algún breve comentario.

Primero, el efecto que sobre los poderes públicos tengan las sentencias de los tribunales constitucionales depende en cada sistema de lo que establezcan las respectivas normas reguladoras de esos efectos. Segundo, en la gran mayoría de los sistemas vincula la interpretación que los tribunales constitucionales hagan de las normas de la Constitución, no la que hagan de las normas del derecho infraconstitucional¹⁹. Tercero, y por lo anterior, es errónea la siguiente afirmación, presentada como consecuencia de las anteriores que hace el Tribunal: “Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley”. Una sentencia de inconstitucionalidad en proceso de control abstracto, cuando, por tanto, el Tribunal Constitucional actúa como legislador negativo, tiene efectos parangonables a los de una ley meramente derogatoria. Ahora bien, de todo lo hasta aquí dicho por el Tribunal en las frases citadas del Fundamento 49 no se sigue, en absoluto, la justificación, ni constitucional ni de ningún orden, para la atribución del valor de ley “positiva”, con contenido regulador positivo, a sus decisiones ni precedentes. Que las sentencias del Tribunal Constitucional tengan efectos sobre todos los poderes públicos es una cosa; que la ratio decisoria de una sentencia pueda ser convertida en ley general y abstracta por el Tribunal es otra muy distinta. Lo segundo no se sigue en modo alguno de lo primero, por lo que, si alguna justificación puede tener –cosa que parece difícil mientras la Constitución lo sea de verdad de un Estado de Derecho y no de un Estado de las sentencias y de la justicia del caso concreto- habrá que buscarla en otra parte.

¿Que la Constitución estaría desprotegida si el Tribunal Constitucional no pudiera producir normas “con los mismos efectos de una ley”? Tal afirmación, con la que acaba el Fundamento 49, suena a sarcasmo.

17 Ahora veamos como se refleja ese esquema en las palabras del Tribunal: “Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este Colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir estas deficiencias legales, permitiendo optimizar la defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia a este Colegiado. Por tanto, un supuesto adicional a los señalados por la Corte Suprema Americana, para el establecimiento de un precedente, puede configurarse, en el caso nuestro, a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constata, además, que los efectos dañinos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso Deborah permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es de esta forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales” (F. 40).

De tanto pensar que la Constitución no es más que lo que de ella y en ella quiera entender el Tribunal Constitucional, acaba confundándose la protección de la Constitución con la protección de un poder omnímodo del Tribunal.

Un asunto más merece reflexión. Realmente las normas así “legisladas” por el Tribunal Constitucional son equiparables a la ley? Creo que no, que están por encima de la ley y, como mínimo, suponen la creación de un nuevo peldaño de la pirámide, entre la Constitución y la ley. Están por encima de la ley porque una ley puede ser derogada por otra, pero un “precedente” de estos no puede ser derogado por una ley, puesto que se dice que tales normas que el Tribunal crea vinculan a todos los poderes públicos y, por tanto, también al legislador. Solo el Tribunal puede “derogarlas”, cambiándolas. Para el legislador son, a todos los efectos, normas constitucionales. Por esta razón también podemos decir que el Tribunal no se arroga meramente competencias del legislador, sino que, en la práctica, se convierte en legislador constitucional, en puro poder constituyente.

Acabemos con una rápida referencia a la norma que, bajo el nombre de precedente, el Tribunal positivamente sienta en esta Sentencia. Lo primero

que llama muchísimo la atención es que el primer componente de esa compleja norma sea la afirmación del poder normador, legislador, del Tribunal Constitucional. Si esa competencia legislativa ya existía y estaba fijada antes, en el Código Procesal Constitucional, tal como en la Sentencia se pretende, a que viene “legislarla” aquí? Y si no estaba antes, sino que se legisla aquí, este acto de legislación carece de fundamento jurídico preestablecido.

En cuanto a la “regla sustancial” que como precedente se sienta, reza así: “Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia”. Pero nos parece que, a tenor de lo que el propio Tribunal venía diciendo y justificando, esta formulación es engañosa. Lo que propiamente esta norma significaría sería lo siguiente: “se prohíbe establecer en el procedimiento administrativo cualquier cobro como condición o requisito, etc. Esta prohibición se aplica retroactivamente”¹⁸

18 Se pone el Tribunal las siguientes limitaciones. En primer lugar, la norma que bajo el nombre de precedente se sienta ha de tener alguna relación con el caso que se juzgaba en la sentencia que legisla (véanse los Fundamentos 44 y 45). En segundo lugar, “el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos” (46). 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 ofrezca 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” (46). Humildemente confieso que no entiendo apenas lo que este párrafo quiere decir. La interpretación más probable, sin embargo, me parece esta: el Tribunal dice que sus precedentes contendrán solo verdades constitucionales indudables, doctrina constitucional indiscutible; es decir, que lo que el Tribunal establece en el “precedente” es constitucionalmente indiscutible, pues si fuera discutible no lo habría establecido. Pero basta ver la norma que, bajo el nombre de precedente, se sienta en esta Sentencia para darse cuenta de cuán discutible es lo que los tribunales constitucionales suelen considerar evidente. Podríamos, bromeando un poco, mencionar ahora la quinta ley del activismo judicial neoconstitucionalista: En Derecho la verdad no tiene más que un camino, ése camino está todo él trazado en la Constitución y por sus vericuetos son los jueces constitucionales los únicos que no se pierden y siempre dan con la meta.

19 Salvo, naturalmente, cuando esa interpretación lleve a afirmar la inconstitucionalidad de esas normas, establecida en proceso de control abstracto, o cuando en esos mismos procesos de control abstracto de constitucionalidad se hagan sentencias interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma cuestionada.

20 Nos referimos a las “reglas procesales A y B que se recogen en el Fundamento 50:

“A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas”.