

La determinación del precedente vinculante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Omar Sar Suárez

Tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (CPC), se actualiza el debate en torno de algunos temas, como el del efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional (TC). Dicha norma introduce algunas importantes modificaciones como la transformación del amparo en residual, el cambio de sentido de la resolución que recaiga en caso de que la agresión cese o se torne irreparable tras la interposición de la demanda, o el alcance de la cosa juzgada que se producirá cuando exista pronunciamiento sobre el fondo, sin importar ya si es favorable al recurrente o no.

En cuanto al tema motivo de este trabajo, el artículo 9 de la derogada Ley 23506 disponía que "Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución". Y el artículo 8 de la Ley 25398, complementaria de la anterior, adicionaba que "La facultad que tienen los jueces de apartarse de la jurisprudencia obligatoria al fallar nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9 de la Ley, los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustentan su pronunciamiento, bajo responsabilidad".

Es decir que en la lógica de la normativa procesal derogada, todas las sentencias recaídas en procesos de hábeas corpus y amparo consti-

tuían un precedente vinculante cuando de ellas se desprendieran principios de alcance general. El CPC, por su parte, establece una regla distinta en el artículo VII del título preliminar, en cuanto dispone que:

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 amparándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

De la norma señalada se desprende con toda claridad que no basta que el colegiado emita una sentencia para encontrarnos ante un precedente vinculante, sino que, cuando se trate de procesos de tutela de derechos¹, se exige que el supremo intérprete de la Constitución² identifique con precisión ese precedente y precise el extremo de su efecto normativo.

El doctor Samuel Abad, comentando la presente norma, señala que:

¹ Realizamos esta precisión ya que, como veremos más adelante, cuando se zanja una controversia en un proceso constitucional orgánico, lo que se persigue es preservar el principio de supremacía constitucional. Las sentencias, en este caso, son, de conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica del TC, de carácter general y vinculan a todos los poderes públicos expulsando la norma del ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias emitidas en los procesos constitucionales de la libertad, que, en principio (salvo el caso de declaración del "estado de cosas inconstitucional", Expediente 2579-2003-HD/TC), solo tienen alcances particulares.

² Esta cualidad viene expresamente establecida por el artículo 1º de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cuanto establece que éste "... es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica".

... esta disposición pretende establecer un mayor orden y seguridad para definir cuándo una decisión del Tribunal Constitucional se convierte en precedente de observancia obligatoria. De acuerdo con ella, para que una sentencia constituya precedente, el Tribunal deberá indicarlo en forma expresa y precisa³.

Dicho mandato legal ha tenido correlato en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así por ejemplo ha resuelto que: "En aplicación de la citada norma [artículo VII del título preliminar del CPC], son vinculantes para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos n°s 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26" (Exp. 3771-2004-HC/TC, Fundamentos Jurídicos 33 y 34).

En el caso citado no queda ninguna duda de que el Tribunal Constitucional ha fijado un precedente vinculante con relación a la aplicación del Código Procesal Constitucional y el plazo razonable de la prisión preventiva, pero ello no sucede en todos los casos.

Un caso distinto y sumamente controvertido se presenta en materia de conflicto de leyes relativas a beneficios penitenciarios. En el Expediente 0804-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional, en sesión del pleno jurisdiccional, resolvió, con fecha 9 de julio del año 2002, que:

... si una nueva ley resulta más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, el Juzgador debe decidirse por la más benigna, es decir, por aquella que no importe una restricción más severa o penosa de su libertad individual. En este contexto, en que operó una refundición de penas para su tratamiento penitenciario, cabe afirmar, de conformidad con la normativa constitucional citada anteriormente, que, si una nueva norma procesal como la Ley N° 26320 resultaba menos ventajosa que la ley anterior en lo que respecta a la aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad,

³ Abad Yupanqui, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 552.

no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial (Exp. 0804-2002-HC/TC, Fundamentos Jurídicos 2 y 4).

Más tarde, el 27 de agosto del 2003, y sin mediar justificación o fundamentación alguna, el Tribunal Constitucional cambia de punto de vista y sostiene que:

En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el derecho procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza... El artículo 139º, inciso 11, de la Constitución, establece que en caso de duda o conflicto de leyes penales, se debe aplicar la norma más favorable. Esta regla sólo es aplicable en el derecho penal sustantivo, debido a que es en éste donde se presenta el conflicto de normas en el tiempo, es decir que a un mismo hecho punible le sean aplicables la norma vigente al momento de la comisión del delito y la de ulterior entrada en vigencia. En ese caso, será de aplicación la retroactividad benigna y la aplicación de norma más favorable, conforme lo establece el artículo 103º, segundo párrafo, y 139.11 de la Constitución, respectivamente (Exp. 1300-2002-HC/TC, Fundamentos Jurídicos 7 y 10).

Vistos los fallos contradictorios que se acaban de glosar, y considerando que ni en el primer caso se establece su calidad de precedente ni en el segundo se señala el cambio de criterio, entendemos que en materia de conflicto de normas sobre beneficios penitenciarios no existe un precedente que vincule a los magistrados del Poder Judicial en uno ni otro sentido⁴.

⁴ Deberíamos agregar que la interpretación de la ley corresponde en exclusiva al Poder Judicial. Al respecto, la Sala Penal Especial "B" ha resuelto, con fecha

El modelo diseñado por el CPC se vincula evidentemente con el sistema norteamericano, caracterizado por el principio del *stare decisis*, es decir aquel que supone el efecto vinculante vertical, pero también horizontal, de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Siendo las cosas de este modo, no sorprende que el juez Charles Hugues, en 1926, haya afirmado que "La Constitución es lo que los jueces dicen que es"⁵.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, al afirmar que:

Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que '(...) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad', en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicomprensivo a la Constitución. Pero debe quedar claro, especialmente para esta sentencia, que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su 'vocero' (Exp. 0050-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 17).

Adicionalmente, el artículo VII del CPC establece que cuando el Tribunal Constitucional vaya a cambiar de precedente debe justificar su nuevo criterio exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho, así como las razones del apartamiento. Aun antes de la vigencia del

19 de agosto del 2004, que "... el Tribunal Constitucional debe interpretar la Constitución, velar por su correcto entendimiento, aplicación y cumplimiento, mas no de las normas legales de menor rango que la Constitución, salvo en cuanto estén en colisión con la Constitución, en cuyo caso debe velar por la supremacía constitucional, pero lo que no puede hacer es interpretar cualquier otra norma..." (Expediente 033-01-"Y3", Resolución 262, considerando catorce).

⁵ Esta cita y un amplio desarrollo del tema pueden encontrarse en: Abad Yupanqui, Samuel. Op. cit., pp. 523 y siguientes.

Código, aunque con la misma lógica y seguramente fundado en el ya mencionado artículo 8 de la Ley 25398, aunque no lo mencione, el supremo intérprete de la Constitución resolvió que:

Teniendo en cuenta el permanente propósito de optimizar la defensa del principio de la dignidad de la persona humana –canon valorativo vinculado directamente a los derechos fundamentales–, este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia [baja por causal de renovación]; aunque –y es conveniente subrayarlo– dicho cambio sólo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente... Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen... (Exp. 0090-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 5)⁶.

Nuestro punto de vista en torno al tema del precedente no resulta uniformemente aceptado por la doctrina. En sentido contrario, se ha sostenido que:

⁶ No puede dejar de anotarse que toda vez que llegan al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de agravio constitucional, exclusivamente las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda en los procesos de tutela de derechos, podría suceder que los órganos judiciales se aparten de la jurisprudencia vinculante en aquellos en que declare fundada la demanda, tanto más cuanto que tiende a vedarse la posibilidad de entablar un “amparo contra amparo”. Para remediar esta posibilidad de apartamiento del precedente en doctrina, se propone introducir en un próximo proceso de enmienda constitucional una forma de *certiorari* que permita al Tribunal Constitucional seleccionar algún caso que considere pertinente resolver, a fin de evitar que sus precedentes sean desconocidos.

Por regla general y conforme al régimen procesal constitucional actualmente vigente, todas las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan (obligan), sea que estas hayan sido emitidas en un proceso constitucional de la libertad o en uno de carácter orgánico, en un sentido estimatorio o desestimatorio, sea que lo decidido se exprese en la parte resolutive o en la parte considerativa de la correspondiente sentencia⁷.

Una conclusión semejante parecería tener asidero si se interpreta literalmente la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en cuanto establece que:

Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

Sin perjuicio del gran respeto que nos merece la opinión del autor citado, nos permitimos disentir, pues si las cosas fueran del modo expuesto, la exigencia de expresión del precedente y la precisión del efecto normativo carecerían completamente de sentido. Evidentemente, una interpretación literal de la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional conduce a una colisión frontal con la previsión del artículo VII del título preliminar del CPC, circunstancia particularmente improbable si se tiene en cuenta que ambas normas entraron en vigencia al mismo tiempo.

⁷ Saenz Dávalos, Luis. "El efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional". Material de Estudio del Segundo Curso de Formación: Código Procesal Constitucional, Módulo 6. Academia de la Magistratura, Lima, 2005, p. 54.

Entendemos que, en nuestro sistema, existe una distinción entre efecto vinculante y *ratio decidendi* (precedente)⁸, donde el primero crea un estado obligatorio de observación de lo resuelto o decidido, mientras que la segunda se encuentra constituida por el conjunto de razonamientos e interpretaciones que conducen a adoptar una decisión en particular, que adquirirá efecto vinculante cuando así se lo haya declarado expresamente. Por lo tanto, se pueden armonizar ambas normas si se asume que la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere al precedente que para adquirir efecto vinculante debe haber sido expresamente establecido conforme al artículo VII del título preliminar del CPC.

Nuestro punto de vista se refuerza si se tiene en cuenta que el artículo 13^º del Reglamento Normativo del TC, aprobado mediante Resolución Administrativa 095-2004-P/TC⁹, establece que: "Los procesos referidos en el artículo 11^º, iniciados ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores, y todos los que, al ser resueltos, pueden establecer jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente deben ser vistos por el Pleno, en cuyos casos se requiere cinco votos conformes"¹⁰. Es decir que cuando en los procesos de tutela de derechos se vaya a establecer un precedente vinculante o un apartamiento del anterior, no solo se requiere identificarlo conforme señaláramos sino que además será indispensable que el caso sea visto por el pleno y que se

⁸ Sobre el particular se ha señalado que "La *ratio decidendi* constituye la premisa mayor de un silogismo cuya premisa menor es la situación de hecho del caso, y cuya conclusión es la decisión. Si un cambio en el supuesto contenido de la *ratio* implica un cambio en la decisión, ello significa que la supuesta *ratio decidendi* es la *ratio* real. Si, por el contrario, el cambio de la supuesta *ratio* deja la decisión inalterada, significa que la supuesta *ratio* es *mero dictum*" (Iturralde Sesma, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Ed. Civitas, 1995, p. 84).

⁹ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 2 de octubre del 2004.

¹⁰ La norma aludida establece que "El Tribunal conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, mediante dos Salas integradas por tres Magistrados. La sentencia requiere tres votos conformes...".

emitan cinco votos conformes, por lo cual resulta evidente que no cualquier sentencia vincula a los jueces inferiores.

Por último, mencionaremos que el Tribunal Constitucional ha resuelto que:

... el hecho de que una disposición normativa haya emanado de una autoridad jurisdiccional superior, no justifica que la autoridad jurisdiccional inferior se limite a comportarse como un ente meramente aplicador o carente de todo raciocinio respecto de la validez o justificación que, desde el punto de vista constitucional, pueda o no acompañarle a dicha disposición. Para efectos del control constitucional, no existe por lo tanto ni pueden invocarse en modo alguno jerarquías funcionales de ningún tipo, pues la única y excluyente vinculación sólo opera respecto de la norma fundamental, y de la obligatoriedad de que todos los sujetos públicos o privados deban acatarla en su contenido, posibilitando en todo momento la plena realización de sus valores y derechos esenciales (Exp. 2206-2002-AA/TC, FJ 4).

Próxima a nuestro punto de vista se encuentra la opinión del doctor Espinosa-Saldaña, quien afirma que:

... cabría preguntarse si cualquier razonamiento judicial anterior debe ser considerado como un precedente, máxime si en la doctrina existen matices para determinar los alcances de este concepto. El precisar cuándo nos encontramos ante una situación que genere precedente, y por ende, efectos vinculantes con un carácter al cual podemos considerar como normativo, será pues una de las preocupaciones de los autores de la Ley 28237, plasmándose finalmente su posición al respecto en el artículo VII del título preliminar de dicha norma... será entonces a ese alto tribunal a quien corresponderá determinar la *ratio decidendi*, tarea en ocasiones tan compleja como necesaria¹¹.

¹¹ Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. *Código Procesal Constitucional-Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004, p. 43.

En el derecho comparado encontramos dispares abordajes con relación al tema del precedente vinculante. La Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que "Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas". Adicionalmente, las tesis jurisprudenciales deben ser notificadas, publicadas y conservadas en archivo.

En el caso argentino, en cambio, no se establece un criterio en torno a la determinación del precedente vinculante. Al respecto se afirma que:

... una sola sentencia, o más de una, tienen capacidad para crear derecho constitucional cuando el fallo o los fallos de la Corte invisten el carácter de modelo y son susceptibles de provocar, o provocan, 'seguimiento'. Estamos ante el 'precedente' o el *leading-case*... Quienes están habituados al *stare decisis* anglosajón pueden comprender que el esquema de ejemplaridad de las sentencias 'modelo' que se imitan o reiteran funciona en el área de la espontaneidad, o sea, ocurre no porque esté formalmente institucionalizado o previsto en normas escritas, sino porque las conductas humanas le proporcionan vigencia sociológica¹².

En el caso español, el respeto por el precedente forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que éste "también consiste en el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho válido"¹³. De este modo, un sistema con control concentrado, como el ibérico, se aproxima al *stare decisis* imperante en los países anglosajones.

¹² Bidart Campos, Germán. *La Corte Suprema-El tribunal de las garantías constitucionales*. Buenos Aires: Ediar, 1984, pp. 24 y 26.

¹³ Aragón Reyes, Manuel, citado en Abad Yupanqui, Samuel (Op. cit., p. 530). Adicionaremos que próxima a este punto de vista se encontraba la exposición

Como puede apreciarse, cada sistema posee sus propias características, pero en todo caso existe una tendencia al respeto por el precedente. La nota diferencial aparece cuando se debe determinar en qué momento nos encontramos frente a él. Reiteramos que en nuestro sistema, para que la *ratio decidendi* adquiera efecto vinculante debe ser expresamente declarada como tal por el propio Tribunal Constitucional, y adoptada por el pleno jurisdiccional con al menos cinco votos conformes.

Por último, añadiremos que en el ordenamiento peruano lo expuesto con relación al precedente varía en el caso de las sentencias recaídas en procesos de control normativo, donde el precedente no solo tiene efectos vinculantes sino que además, en el caso de una sentencia estimativa de inconstitucionalidad, importa la derogación de la norma declarada contraria a la Constitución. Al respecto, el artículo 103 de la Carta Magna establece que "La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad". En armonía con lo anterior, el artículo 204 agrega que "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto".

En conclusión, entendemos que cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma "no sólo está ensayando una fórmula meramente derogatoria, sino que está integrando en alguna forma el ordenamiento jurídico al marcar el derrotero por donde no debe ni puede interferir el parlamento"¹⁴. Y lo dicho resulta obviamente aplicable también a las autoridades judiciales, que por ejemplo deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sus-

de motivos de la derogada Ley 23506, donde se afirmaba que "La Comisión (que elaborara el anteproyecto) no sólo anhela que los jueces contribuyan creadoramente en el funcionamiento de estas instituciones, sino adicionalmente que observen las tendencias jurisprudenciales existentes, pues así se otorgan garantías a los que pretenden hacer uso de dichas acciones".

¹⁴ Saenz Dávalos, Luis. Op. cit., p. 57.

tentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida resolución definitiva (artículo 80 CPC).

Si se acepta, como postulamos, que todas las sentencias recaídas en procesos constitucionales orgánicos, en los que conoce originariamente el Tribunal Constitucional, constituyen precedente vinculante, cabría objetar la localización del precepto contenido en el artículo VII, pues las reglas y principios contenidos en el título preliminar del CPC se proyectan a la totalidad de la norma, y en consecuencia afectaría también a este tipo de procesos.

Desde nuestro punto de vista, resultaría más adecuado ubicar el artículo examinado en el título primero, es decir entre las disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, limitando de este modo su ámbito de vigencia exclusivamente a aquellos procesos a los que entendemos se refiere.