



Nelson Ramírez Jiménez^(*)

Jurisprudencia constitucional normativa

Normative constitutional jurisprudence

“EL DISCERNIMIENTO DEL JUEZ HA PASADO A SER SU PRINCIPAL INSTRUMENTO DE ACCIÓN, PUES LA TAREA DE INTERPRETAR LA DISPOSICIÓN LEGAL Y EXTRAER DE ELLA LA O LAS NORMAS QUE SU INTELIGENCIA Y ENTENDIMIENTO CONSIDEREN LAS ADECUADAS PARA MEJOR RESOLVER, ES SU MEJOR ARMA”.

“Tradicionalmente (pensamos en los siglos XVIII y XIX) el legislador fue el auténtico protagonista del Derecho, el operador jurídico por excelencia. En torno a él se construyó un armazón justificatorio que reivindicaba la racionalidad del legislador, elevaba a dogma a la ley y reducía la función del juez a una exégesis de la norma y a una subsunción lógica al aplicarla. En este contexto, el juez ocupaba una posición secundaria, resultado también de una cierta desconfianza política. No parece que pueda extrañar que como consecuencia de todo lo anterior se afirme que la jurisprudencia no es fuente de Derecho y que lo que están haciendo los jueces cuando dictan sentencias es interpretar y aplicar el Derecho, pero no crearlo. No creo que nadie se asombre si reconocemos que este modelo es en el que se ha formado tradicionalmente a los juristas en las facultades de Derecho, al menos en el marco de la tradición jurídica continental.”

Javier Ansuátegui

Resumen: El presente artículo tiene por objeto realizar una vasta descripción y análisis en torno a los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional, los cuales son regulados en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. A lo largo del texto, el autor realiza un análisis histórico, el cual explica la existencia y el desarrollo de esta institución, así como detalla los supuestos en los cuales puede sentarse un precedente en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, critica la forma en cómo se viene regulando

(*) Abogado por la Universidad Federico Villareal. Profesor de Derecho Civil y Procesos Civiles de la Universidad de Lima. Experto en Derecho Civil, Derecho de Contratos, Litigios y Arbitraje. Socio principal del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

Jurisprudencia constitucional normativa *Normative constitutional jurisprudence*

esta institución por el propio Tribunal Constitucional y ofrece, en la última parte del texto, algunas posibles soluciones para alcanzar el equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia social. Así, el lector podrá apreciar los problemas que se presentan en la regulación de esta institución así como la perspectiva del autor respecto a las soluciones posibles.

Palabras clave: Jurisprudencia - Tribunal Constitucional - Precedente vinculante - Ratio decidendi - Sentencia constitucional - Justicia constitucional

Abstract: The goal of this article is to present a comprehensive description and analysis of binding precedents in decisions issued by the Constitutional Tribunal, which are regulated in Article VII of the Preliminary Title of the Constitutional Procedural Code. Throughout the text, the author provides a historical analysis which explains the existence and development of this code and explains the situations in which a precedent can be established in our justice system. At the same time, the author criticizes the way this code is being regulated by the Constitutional Tribunal and offers some possible solutions to reach an equilibrium between legal security and social justice. This analysis provides the reader with an appreciation of the problems that occur in the regulation of this code and the author's proposals for possible solutions.

Keywords: Jurisprudence - Constitutional court - Binding precedent - Ratio decidendi - Constitutional judgment - Constitutional justice

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, reza el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. A partir de ello, el Tribunal Constitucional ha ejercido dicha facultad de manera constante (y también contradictoria) habiendo publicado a la fecha 39 precedentes, con la salvedad que puedan ser más o menos según se mire⁽¹⁾.

Sin perjuicio de que podamos estar de acuerdo o no con el sentido de los precedentes adoptados por el

“NUESTRO TEXTO CONSTITUCIONAL ES POROSO POR UNA SERIE DE RAZONES QUE VAN DESDE EL USO DE CONCEPTOS INDETERMINADOS, CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO Y LUGAR HOY INEXISTENTES O PORQUE REPRESENTARON EN SU OPORTUNIDAD FÓRMULAS DE TRANSACCIÓN ENTRE LAS FUERZAS POLÍTICAS QUE TRABAJARON EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE”.

Tribunal Constitucional (en adelante TC)⁽²⁾, es evidente que estamos ante una institución importante. El precedente normativo, ejercido con ponderación, serenidad y visión de futuro, es un instrumento noble que amerita ser reconocido y defendido. Es bastante conocida la tendencia que cuestiona que los jueces puedan *crear* derecho, ya que estiman que su único papel es el de interpretar *correctamente* para aplicar la ley al caso concreto. Nuestros comentarios pretenden enfatizar la justificación de su vigencia, pues creemos firmemente en su necesidad y en sus bondades.

Por otro lado, siendo que el propio Tribunal Constitucional ha fijado los requisitos que deben presentarse para proceder a fijar un precedente, podríamos tener la seguridad de que no estamos en presencia de meras inspiraciones. Su creación, en efecto, amerita

- (1) Véase http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_sis_02.php y podrá apreciarse que alguno de los precedentes publicados está referido a otro que es dejado sin efecto, con lo cual su valor creativo es neutro y no debiera contabilizarse ninguno de los dos. Por otro lado, en la misma publicación se hace saber que “en esta sección se encuentran los precedentes normativos relevantes publicados en la página Web del Tribunal Constitucional, que es actualizada trimestralmente”. Nos llama la atención la expresión “relevantes”, pues pareciera ser que existen precedentes que no lo son y que, por tanto, no son publicados. Un contrasentido.
- (2) García Belaúnde, criticando esta actuación, señala que “la falsa idea de ser ‘comisionado del poder constituyente’ ha hecho que hayan usado extensamente el concepto *precedente vinculante*, con lo cual han querido imponer prácticamente una dictadura virtual sobre el resto de los operadores jurídicos (...)”.



Nelson Ramírez Jiménez

actuar con mucha responsabilidad. Ha dejado establecido el TC que procede fijarlos cuando:

- a) Se aprecian contradicciones en la manera de concebirse o interpretarse los derechos, principios o normas constitucionales o de relevancia constitucional.
- b) Se constata la presencia de interpretaciones erróneas de una disposición constitucional o integrante del bloque de constitucionalidad, lo que a su vez genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Se comprueba la existencia de un vacío normativo.
- d) Se acredita que una norma jurídica admite varias posibilidades interpretativas.
- e) Tras el conocimiento de un proceso de tutela de derechos se aprecia que la conducta reclamada se apoya en una norma jurídica que no solo afecta al reclamante sino que por sus efectos generales incide sobre una pluralidad de personas.
- f) Se hace necesario el cambio del precedente vinculante.

Ello constituye un marco normativo que, de alguna manera, establece límites a lo que podría devenir en libre creación, que a nadie genera seguridad. Es por ello mismo criticable la tendencia del TC de sustentar sus decisiones en lo que denomina *autonomía procesal*, pues esa prerrogativa pone en riesgo el deber de auto restricción en el ejercicio de estas potestades⁽³⁾. Sea como fuere, tal como lo manifestamos en varios pasajes de este artículo, lo esencial para el buen desempeño del TC es la calidad de los magistrados que lo integren y, por tanto, el Congreso de la República debe dejar de ver en estos nombramientos una oportunidad de canje de favores o trueques coyunturales, lo que explica la irregular configuración del TC cuya mayoría de integrantes tiene largamente vencido el plazo de su nombramiento, irregularidad que demuestra a las claras la poca importancia que el Congreso le concede a este tema vinculado a la seguridad jurídica de los ciudadanos ante el Estado. Bien podemos afirmar que el Congreso está violando la Constitución de manera flagrante y continua.

1. Explicando una tendencia

Es aceptado hoy en día que las graves afectaciones a los derechos fundamentales de los que da cuenta la historia

durante la Segunda Guerra Mundial, hizo que la humanidad desconfiara de la ley, pues muchos de esos abusos se fundamentaban en base legal. Comenzó a entenderse que el Estado de Derecho era más que la vigencia de la ley y que tener una Constitución no convertía a un Estado en un Estado Constitucional. En ese contexto, el Poder Judicial pasa a ostentar el papel de pieza esencial del Estado de Derecho.

El juez es la boca por la que se expresa la ley o el silogismo clásico que permitía *administrar justicia* mediante un simple proceso lógico, tuvieron, es verdad, una enorme influencia en los albores del proceso jurisdiccional; en ese contexto era entendible la visión sedentaria del papel del juez en el proceso, limitado a admitir y a acumular los pedidos de las partes, sin iniciativa propia. Bien lo calificaba César Mansilla Novella como el juez de las tres “T”, pues su papel se limitaba a emitir las clásicas resoluciones de “traslado”, “téngase presente” y “tráiganse para sentenciar”. Dar paso a la figura del juez director del proceso se debe en gran medida a la desaparición del mito que estimaba al Poder Legislativo como primer poder del Estado, en base a la idea de que el legislador era infalible. Si a ello sumamos el papel del Constitucionalismo y la vigencia de lo que se denomina Estado Constitucional de Derecho, cuyas ideas esenciales son que la Constitución es una norma jurídica y no solo política, y que la Norma Suprema constituye un parámetro a las competencias del Legislativo el cual debe ceñirse a sus valores y principios, se perfila el nuevo papel del juez en la sociedad actual. El activismo judicial paso a tener carta de ciudadanía.

Es evidente que en la actualidad la actividad jurisdiccional es distinta. Alexy precisa este estado de cosas cuando dice que “(...) se

(3) Véase LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú*. En: *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: IUS ET VERITAS, 2011.

Jurisprudencia constitucional normativa *Normative constitutional jurisprudence*

acentúan el valor frente a la norma, la ponderación frente a la subsunción, la omnipresencia de la Constitución frente a la independencia del derecho ordinario, y la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución frente a la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución⁽⁴⁾.

Que a cada generación le corresponde mejorar el legado recibido, es un axioma que explica la evolución someramente reseñada. Hoy, nuestra generación se enfrenta a situaciones muy distintas en todo tipo de aspectos, siendo el jurídico uno de los mayores, pues involucra la defensa de los derechos fundamentales. La teoría de la argumentación, por ejemplo, ha justificado nuevos enfoques en la forma en que deben pronunciarse los jueces al resolver las controversias. En ese orden de ideas, un sector de la tradición continental nos decía que para enfrentar los cambios sociales era necesario reformar la Constitución para que se acomode a los nuevos tiempos. Hoy, bien sabemos, ello no es necesario ni ineludible, pues la jurisprudencia, atenta y firme, puede asumir la tarea de adecuación de la Carta Magna, hacerla una *Constitución viviente*, en la que, respetando sus valores y principios, logre su armonización con las necesidades que las sociedades modernas reclaman.

Junto con estas ideas se hace necesario resaltar la tarea de la interpretación constitucional. Nuestro texto constitucional es *poroso* por una serie de razones que van desde el uso de conceptos indeterminados, circunstancias de tiempo y lugar hoy inexistentes o porque representaron en su oportunidad fórmulas de transacción entre las fuerzas políticas que trabajaron en el Congreso Constituyente. Sea como fuere, es necesario que la Constitución se mantenga vigente durante un periodo razonable para que, entre otras consecuencias, permita fortalecer el crecimiento del *bloque de constitucionalidad* que crece a su sombra. Por ello, puede decirse que la buena vida de las constituciones está dada por su desarrollo en la continuidad. La jurisprudencia es un instrumento que permite que ese desarrollo se logre sin la necesidad de reformas totales o parciales. En todo caso, la jurisprudencia debe ser el instrumento natural para ese desarrollo y la reforma, la excepción.

En este caminar se va vislumbrando la justificación de cambios radicales frente a lo que han significado dogmas del proceso.

Uno de ellos, el que los jueces solo deben “aplicar la ley”.

2. Justificación analítica

Un primer aspecto que amerita ser tomado en cuenta es que la visión del proceso judicial como una relación procesal entre dos partes que defienden sus derechos subjetivos y que se resuelve con una decisión con efectos de cosa juzgada *inter partes* no es congruente con la estructura y fines de ciertos procesos constitucionales. En efecto, basta apreciar, por ejemplo, que un proceso de inconstitucionalidad no concuerda ni con la defensa de derechos subjetivos ni los efectos de la sentencia que se emita alcanza solo a las partes, pues el artículo 204 de la Constitución señala que la sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial y al día siguiente dicha norma queda sin efecto. Efecto *erga omnes* define bien esta situación.

Por otro lado, la *ratio decidendi* de las sentencias constitucionales tiene un valor propedéutico indiscutible. A la vez que expresan el sentido que debe darse al texto constitucional, generando a veces una auténtica mutación del mismo, las sentencias se convierten en instrumento para afirmar los valores y principios que contiene la Carta Magna, lo cual hace que los alcances de la sentencia excedan el interés privado de las partes, lo que se conoce como el efecto horizontal de la misma. Dirimir controversias no es, pues, la meta excluyente de un proceso constitucional. Siendo así, las sentencias constitucionales tienen un valor especial, por sí mismas, lo que explica los alcances del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, *in fine*, que establece que los jueces interpretan y aplican las leyes

(4) ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994; p. 160.



Nelson Ramírez Jiménez

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 TC.

El discernimiento del juez ha pasado a ser su principal instrumento de acción, pues la tarea de interpretar la disposición legal y extraer de ella la o las normas que su inteligencia y entendimiento consideren las adecuadas para mejor resolver, es su mejor arma. Por otro lado, las lagunas del derecho existen y no son la excepción (Kantorowicz diría que hay tantas lagunas como palabras). Por lo dicho, pretender sostener que la interpretación consiste en encontrar el *significado* de la ley, lo que el legislador quiso, es una ingenuidad, pues el instrumento utilizado por la ley es la palabra y bien se sabe que ella es esquivada, pues las palabras nunca pueden abarcar la realidad, pues si lo lograran, las decisiones judiciales serían indiscutibles y, por tanto, no tendría sentido el sistema recursivo para la revisión de las mismas. Por ello mismo, pretender que la letra de la ley es un mandato claro y preciso, que no necesita de interpretaciones, es una obsolescencia conceptual. Ernest Fuchs expresa esa idea a través de un ejemplo clarificador: “El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería como el criado al que en invierno se le ordena que encienda diariamente la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado”.

Este discernimiento es tanto más exigente en tanto la Constitución descansa sobre principios que, por esencia, son normas abiertas, permeables al desarrollo en el futuro. Háberle tipificaba esa característica al hablar de la *sociedad abierta de los intérpretes constitucionales*. Mas no solo eso. Mientras que el Derecho Procesal descansa en un componente estrictamente técnico-jurídico, el Derecho Constitucional tiene una marcada inclinación a lo político más que a lo técnico, lo que indudablemente afecta la labor de interpretación. Un juez constitucional debe hacer una inevitable valoración del impacto político, social y económico de su decisión, por lo que bien puede decirse que *la jurisdicción constitucional participa en la dirección del Estado*. La importancia social que puede llegar a tener una sentencia constitucional no puede ser ignorada.

Ya hemos dicho que la *ratio decidendi* tiene un especial valor en la sentencia constitucional, a diferencia del valor que tiene en la justicia ordinaria en que la parte resolutive es la esencial. Ello se debe a que los tribunales constitucionales

sientan doctrina, pues cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad es una labor cotidiana para la justicia constitucional, lo que exige una tarea explicativa y razonamientos más profundos para justificar lo que se decide.

A todo ello podríamos agregar que hay que lograr la economicidad del proceso; respetando el precedente se simplifica considerablemente el deber de argumentación. Edgardo Villamil Portilla nos dice al respecto que:

“La seguridad jurídica no es solo sujeción a la norma positiva, es también, solo a título de ejemplo, el respeto por el precedente, de modo que la carga de la argumentación está en hombros de quien quiere combatir el precedente, bien sea el propio o el construido colectivamente. Además, en un sistema jurídico que haya consagrado el derecho a la igualdad, el valor del precedente toma una dimensión descomunal por el derecho de los ciudadanos a ser juzgados de la misma manera. Por ello el comportamiento del juez no puede ser insular, tiene ataduras. La coherencia le impone decidir igual que lo hizo ayer, igual que lo hicieron sus colegas; no puede ser un tiranuelo confinado en su torre de marfil. En ese sentido, el derecho es más conservador de lo que se piensa y así debe ser, en tanto el juez que quiera quebrar el paradigma vigente debe demostrar la necesidad y justicia del cambio. No es la consagración de la esclerosis del derecho, es la exigencia de estabilidad y seguridad que justifican la existencia del Derecho como forma de regulación social”.

Por todo ello, no podemos menos que reconocer que la jurisprudencia vinculante ha adquirido carta de ciudadanía. Aharon Barak en su obra *Un Juez reflexiona sobre su labor* define de manera precisa esta realidad cuando dice que:

Jurisprudencia constitucional normativa *Normative constitutional jurisprudence*

“En realidad, la desviación del precedente del tribunal es un asunto grave y se debe tomar con responsabilidad. El precedente no es inmutable, pero oponerse a la jurisprudencia establecida no es un objetivo en sí mismo. La separación del precedente debe ser la excepción, no la regla. Y cuando un juez se aparta del precedente, debe ser explícito al respecto, asumiendo responsabilidad personal por el cambio. El Poder Judicial debe ser transparente, la carga de la prueba debe yacer en quien sea que desee apartarse del precedente. Por tanto, cuando se equilibran las balanzas debemos apegarnos al precedente”.

3. Preocupaciones operativas

Los sistemas de justicia constitucional son de los más variados. El control difuso y el concentrado explican las diferentes vertientes. Podría decirse que cada país ha desarrollado su propio sistema. Perú, por ejemplo, junto con Portugal, Colombia y Venezuela han adoptado un sistema concentrado-difuso. Esta variedad de sistemas tiene, evidentemente, influencia en el valor de la cosa juzgada constitucional y en sus alcances. El efecto inter partes del control difuso versus el efecto *erga omnes* del sistema concentrado del proceso de inconstitucionalidad constituyen manifiestas diferencias.

Los sistemas de justicia constitucional concentrada, a su vez, no guardan uniformidad sobre la conformación y ubicación de su organización especializada. Podríamos precisar cuatro estructuras diferentes:

- a) Tribunales o Cortes Constitucionales ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario: es el caso de Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú, República Dominicana y Portugal.
- b) Tribunales o Cortes autónomas ubicados dentro de la propia estructura del Poder Judicial: es el caso de Bolivia y Colombia.
- c) Salas especializadas en materia constitucional que pertenecen a las propias Cortes o Tribunales Supremos: existen en El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.
- d) Cortes o Tribunales Supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva: Así funcionan en Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay.

Esta disparidad en la organización no impide que identifiquemos la existencia, en cada caso, de una auténtica jurisdicción constitucional. En efecto, esta descansa en los siguientes presupuestos:

- a) La existencia de una Constitución morfológicamente rígida, lo cual impide que sea sometida a constantes y fáciles modificaciones cual si fuera una ley común. Ello conjuga con la importancia de un órgano constitucional que la interpreta y la pone al día vía la jurisprudencia.
- b) La existencia de un órgano de control de la constitucionalidad, dotado de competencia para ejercer control sobre la adecuación de la legislación de rango inferior respecto de la Constitución.
- c) La existencia de procesos que permitan materializar el control de constitucionalidad.
- d) Jueces especializados.

Es evidente que en cada uno de los países citados se dan los presupuestos anotados y, por ende, podríamos decir que tienen jurisdicción constitucional. Ahora bien, sea que formen parte de la estructura del Poder Judicial o que sean órganos constitucionales autónomos como sucede en el caso peruano, a todos ellos los afectan una serie de cuestionamientos sobre la legitimidad de su actuación. Dichos cuestionamientos los podríamos resumir de la siguiente manera:

- a) La falta de base democrática que justifique la intervención de control sobre la labor del Parlamento, bajo el entendido de que este poder del Estado nace de las urnas, mientras que los magistrados integrantes de los órganos de control constitucional no ostentan la misma credencial. Sin perjuicio de alegar que lo democrático no nace ineludiblemente de las urnas, la doctrina suele mencionar que en dichos órganos se da una base democrática indirecta, en



Nelson Ramírez Jiménez

la medida que, en el caso peruano, sus miembros son elegidos por el Congreso mediante votación altamente calificada, lo cual les otorga la credencial reclamada. Sin perjuicio de ello, coincidimos con quienes expresan que su papel contralor podría ser democráticamente antinatural, pero es sociológicamente imprescindible.

- b) El peligro de politización de su labor, en la medida que las decisiones del TC pueden afectar la marcha del Estado. Es verdad que este es un peligro real, pero más grave sería un Parlamento sin control. Entre ambos peligros hay que poner el énfasis en los excesos del Poder Legislativo. La historia nos brinda ejemplos suficientes de la necesidad de controlar al soberano.
- c) El exceso de competencias. En efecto, no es fácil diagramar un control sobre el Tribunal Constitucional, por lo que solo cabe fijar muy bien sus competencias. Es claro que en ningún caso este puede convertirse en poder constituyente ni tampoco considerarse poder constituyente constituido o comisionado del mismo.
- d) El exceso de activismo judicial que convierta al tribunal en lo que se conoce como un “legislador motorizado”. El auto control resulta insuficiente en este aspecto. A mi modo de ver, ello solo se logra con la calidad de los miembros elegidos para tan alta función. No basta que sean juristas. Necesitan tener visión de estadistas, que les permita otear el horizonte, el efecto a futuro, cuidando de honrar nuestro compromiso social con las generaciones futuras.
- e) Las decisiones divididas que se adoptan en los órganos colegiados impiden adoptarlas con absoluta seguridad. En el caso peruano, con siete miembros, se dan casos en que la mayoría es de apenas un voto de diferencia, lo cual es indicativo de lo polarizada que ha sido la decisión. La existencia de los votos singulares es cuestionado en algunos países, aunque hay que reconocer que la gran mayoría reconoce su valor y eficacia, como es el caso peruano. Sea como fuere, esta polarización le resta validez social, pero ello no debe significar que la justicia constitucional deja de cumplir con su papel de guía en la interpretación de los principios y valores constitucionales.

Podríamos reconocer que hay peligros que afectan la tarea jurídica de la justicia constitucional, siendo la usurpación de la tarea de legislador, vía sentencias manipulativas, el camino más probable; también, en medida altamente contingente, la denominada autonomía procesal de la que dice gozar.

Resulta congruente con este temor la alerta del presidente americano Franklin Delano Roosevelt quien decía que “debemos adoptar medidas para salvar a la constitución del tribunal y al tribunal de sí mismo”.

Sin perjuicio de ello, estos temores no pueden llevarnos a suponer que la justicia constitucional no cumple un papel importante en la defensa de los derechos fundamentales, especialmente en lo que atañe a la igualdad y a la dignidad de las personas. Al respecto, Gargarella aporta a este entendimiento cuando sostiene que:

“(…) puede decirse que el control judicial puede ser compatible con el ideal de democracia solo si, y en la medida en que, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgar sentido a la deliberación colectiva”.

Los peligros anotados tampoco nos pueden llevar a la equivocada idea de que la jurisprudencia constitucional se desluce a la luz de estas circunstancias. Por el contrario, creemos que esos altibajos dependen más de la calidad de los magistrados, que de la propia justicia constitucional. A los magistrados se les reclama que deben saber discernir el espíritu de su tiempo, tarea que si bien no es nada fácil, es posible de lograrse. El prestigio de la Corte Suprema de Estados Unidos ha logrado que sus decisiones sean vinculantes a lo largo de la historia, aún cuando no haya ley que le reconozca esa competencia. Hay que entender, además, que la organización de la jurisdicción constitucional es nueva en muchos países, por ejemplo, la de más reciente creación es el Tribunal Constitucional de República Dominicana que no tiene ni dos años, por lo que es de esperar que se vayan decantando los mejores sistemas y

Jurisprudencia constitucional normativa *Normative constitutional jurisprudence*

conformaciones de sus órganos, sean dentro o fuera del Poder Judicial. Lo demostrado por las Cortes Constitucionales de Colombia, Argentina, Brasil o Perú a nivel latinoamericano, dice a las claras que ese emprendimiento no tiene retorno.

Por ende, debemos propender a su mejora, siendo uno de dichos instrumentos el efecto normativo de las sentencias constitucionales.

4. Argumentos que sustentan su adopción

Las contradicciones jurisprudenciales no favorecen al prestigio de los tribunales, pero, sobre todo, afectan el principio de igualdad, a la vez que generan incertidumbre en los justiciables.

Al igual que nuestro artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional reseñado al inicio de este trabajo, el artículo 31 de la ley de creación del Tribunal Constitucional de República Dominicana establece que “las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”.

Ello reafirma una tendencia que no carece de fundamentación. El efecto vinculante de la jurisprudencia puede ser sustentado o explicado a través de una serie de consideraciones de distinta naturaleza. Veamos:

a) Gozaini sostiene que:

“(…) allí donde existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional”⁽⁵⁾.

b) En efecto, no tiene ningún sentido dejar al garete esta inevitable dualidad interpretativa, ya que órganos de distinto nivel tienen competencia en materia constitucional. Este desnivel ha sido discutido y la doctrina autorizada reconoce

que los Tribunales Constitucionales deben ostentar el estatus de máximo intérprete de la Constitución, lo que supone, necesariamente, que los órganos inferiores deban asumir como propias las interpretaciones del TC.

c) La unificación de la jurisprudencia es un caro anhelo, tanto ciudadano como de la justicia, tanto ordinaria como constitucional. A tal efecto tenemos normas legales que así lo exigen, como es el caso de los plenos casatorios en los procesos civiles, los plenos jurisdiccionales en materia penal y laboral, entre otros. ¿Para qué se realiza tanto esfuerzo si los acuerdos no terminarán siendo vinculantes? La labor interpretativa de los jueces puede generar varias normas de un solo dispositivo, atendiendo a una serie de factores. Eso es crear derecho y hay que llamar a las cosas por su nombre. Por ende, la jurisprudencia que contiene ese derecho nuevo debe tener una virtualidad jurídica sobre los órganos inferiores, sin que se le pueda negar esa eficacia bajo el argumento de que los jueces no son legisladores y, por ende, no pueden generar normas de alcance general. Comanducci expresa una brillante justificación de la legitimidad del efecto vinculante. Dice que:

“desde un punto de vista teórico diría que es de sentido común constatar que la discrecionalidad judicial es, en alguna medida, inevitable y que eso depende, a la vez, de factores objetivos y subjetivos. Factores que están fuera del alcance del juez y factores que, en cambio, podrían ser modificados por los mismos jueces. Los factores objetivos son aquellos bien conocidos de tipo semántico, es decir, que dependen de la *open texture*, de la textura abierta del lenguaje natural, que no permite al

(5) GOZAINI, Osvaldo. *Proceso y Constitución*. Buenos Aires: EDIAR, 2009.



Nelson Ramírez Jiménez

legislador formular normas tan precisas que puedan siempre ser interpretadas de una única forma. Los factores subjetivos son igualmente conocidos: están constituidos por la interacción de ideologías e intereses en la decisión (...). ¿Es compatible esta constatación, según la cual los jueces producen normas jurídicas (bastante compartida a nivel teórico con el valor de la separación de poderes, al que todos parecen tener mucho aprecio? Yo diría que sí, si nos damos cuenta que aquel concepto de la separación de poderes según el cual el juez se limita a aplicar mientras que el legislador es el único productor de normas, es fruto de las ideologías jurídicas del inicio del siglo XIX, y poco tiene que ver con la ideología de la separación de los poderes de Montesquieu, que (esta sí) se encuentra en la base de la idea liberal del Estado 'limitado'. La separación de poderes de Montesquieu sólo significa que los poderes no deben estar todos en las manos de un único sujeto. Deben estar divididos. No significa, sin embargo, que un poder deba ser ejercido exclusiva y necesariamente por un solo órgano, y otro poder por otro órgano. La constatación que puede hacerse en el nivel teórico es que el poder normativo, es decir, el poder de producir normas que vinculan a la colectividad, que es el poder más importante y 'peligroso', en los países modernos está dividido o fraccionado. No lo ejerce solo el legislador, sino que lo ejercen también otros órganos: el tribunal constitucional (si existe), los jueces en alguna medida y, en parte también, el Gobierno y la Administración Pública (...). Se trata, entonces, de encontrar formas para asegurar la coherencia en el tiempo de las decisiones interpretativas de los jueces porque sólo así ellas serán de alguna forma previsibles y previsible también resultará, en alguna medida, la decisión final del caso"⁽⁶⁾.

La coherencia reclamada es base suficiente para entender el efecto normativo.

- d) En otro orden de ideas, cabe discutir cuál sería la tésis de la exigencia de motivación en las resoluciones judiciales que la Constitución exige como garantía del debido proceso, si luego de ello, la decisión pasa a ser un pieza

de biblioteca. Ferreres y Xiol sostienen, con la mayor rigurosidad lógica, que:

“Si las decisiones de los Tribunales han de cumplir con el requisito de ser motivadas, de no ser arbitrarias y de tratar igualmente a los ciudadanos, entonces, el que en un caso se tome cierta decisión tiene que determinar que la misma decisión haya de tomarse para un caso igual a él en los rasgos relevantes (...) en dos casos iguales hacen pronunciamientos distintos órganos judiciales de diferentes jerarquías, parece lógico que se tenga una deferencia por el órgano superior; de lo contrario, no sólo se ponen también en peligro valores como la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad, sino seguramente un valor quizás más profundo y que sustenta a ambos, el valor de la racionalidad misma del proceso de toma de decisiones”⁽⁷⁾.

La supuesta independencia del juez no es argumento idóneo para contrarrestar esta verdad de perogrullo. Más adelante volveré sobre este aspecto.

- e) Un sistema de precedentes obliga a los jueces a pensar en el impacto del caso presente respecto de los casos futuros sustancialmente iguales. Al resolver se obliga a hacer una abstracción de las partes litigantes, acentuando con ello el sentido de imparcialidad. Esta sola posibilidad amerita darle valor al efecto *erga omnes*, pues al actuar de esa manera lo hace según los fines del artículo 1 del Código Civil suizo, que le reconoce al juez el papel de legislador cuando dice que en defecto de ley o costumbre el juez decidirá

(6) COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica*. Lima: ARA, 2010; pp. 149 y siguientes.

(7) FERRERES, Víctor y Juan Antonio XIOL. *El carácter vinculante de la Jurisprudencia*. 2da edición. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; 2010.

Jurisprudencia constitucional normativa *Normative constitutional jurisprudence*

- según la regla que él mismo establecería como legislador.
- f) La seguridad jurídica no debe ser vista solo como sujeción al dispositivo legal. Debe comprender también al precedente, más aún cuando se trata de decisiones de órganos colegiados de rango superior, cuyos integrantes deben tener, por regla universal, más experiencia, circunstancia que tiene mucha importancia. En todo caso, no se trata de que el juez se aparte del precedente sin más, ignorando su existencia. El precedente genera, cuando menos, la carga de una argumentación específica y más elaborada, esto es, una argumentación específica que explique los motivos por los que el juez considera necesario apartarse del precedente.
- g) Sin perjuicio de ello, desde que sendas disposiciones normativas establecen que la jurisprudencia es vinculante, estamos ante un mandato imperativo de carácter legal. Si se sostiene que los jueces deben obedecer solo a la ley, pues el artículo VII del Título Preliminar debe ser obedecido. César Landa señala al respecto que existen tres grados de vinculación respecto de la eficacia de las sentencias del tribunal: como tener que acatar (para las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes); como deber de cumplir (para los precedentes vinculantes) y como poder-deber de seguir (para la doctrina jurisprudencial)⁽⁸⁾. El grado de fuerza creadora constituye una opción del legislador, quien podría decidir por un efecto meramente persuasivo, a título de recomendación por ejemplo o, como lo establece el artículo VII del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional, un efecto normativo pleno, sin limitaciones. Por ende, estamos ante una norma que debe ser cumplida sin más. El mismo efecto se hace extensivo a la jurisprudencia derivada de los plenos casatorios que regula el artículo 400 del Código Procesal Civil, aunque dicho Código lo denomina doctrina jurisprudencial, dispersión conceptual que amerita ser unificada para evitar dudas sobre su naturaleza y alcances.
- h) ¿Se viola la independencia judicial imponiendo efecto normativo a la jurisprudencia? Creemos que no. Baste observar que el juez sigue siendo director del proceso y lo es con mayor énfasis en el análisis y valoración de la prueba, eje central de su decisión. A partir de ello, el juez puede considerar que existen elementos que diferencian el caso del precedente que se le exige aplicar y, por

tanto, considerar que está ante un caso distinguible. Ferreres y Xiol agregan un elemento de juicio realmente incontestable:

“¿Hasta qué punto es coherente la conexión que se traza habitualmente en nuestra cultura entre el principio de independencia judicial, por un lado, y la negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, por el otro? Tengamos en cuenta que, en la práctica, nadie cuestiona la legitimidad de que las sentencias judiciales sean recurridas ante los tribunales supremos y que estos hagan prevalecer sus opiniones frente a las de los jueces que las han dictado. Tampoco se duda de la legitimidad de que, en algunos supuestos, los tribunales supremos retrotraigan las actuaciones para que los jueces de instancia dicten nueva sentencia, ajustada al criterio que se les impone desde arriba. No se estima que haya aquí lesión alguna de la independencia judicial. Si ello es así, ¿no resulta sorprendente que se rechace la fuerza vinculante de la jurisprudencia, en nombre de la independencia judicial? ¿Por qué se considera que no hay lesión de la independencia cuando el tribunal superior obliga al inferior a dictar nueva sentencia en un caso concreto y se estima que sí la hay cuando esa obligación reviste carácter más general? A fin de cuentas, en ambos supuestos el juez se ve obligado a dejar de lado su opinión jurídica, ajustándose a la ordenada por el tribunal superior”.

Evidentemente, no hay justificación a este enfoque dispar. La independencia judicial no debe significar libertad para apartarse

(8) LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. Lima: Grijley; 2010; p. 79.



Nelson Ramírez Jiménez

de pronunciamientos que puedan contener argumentos de autoridad o razonables interpretaciones o que sencillamente han resuelto de manera justa el caso similar al que el juez tiene entre manos. Hay una cuota de respeto en todo ello que los jueces inferiores no pueden desconocer bajo el argumento de su independencia.

5. Necesidad de mejorar la regulación legal

- a) La defensa del precedente no debe suponer que la asignación del valor normativo a las sentencias del TC debe mantenerse tal cual se encuentra regulado. Estimamos que hay serios errores en la norma vigente y que ameritan una crítica en el ánimo de propender a su mejoría. Ya en anterior trabajo⁽⁹⁾ he analizado este aspecto y reitero aquí algunas de esas ideas.
- b) El efecto normativo se circunscribe a lo que comúnmente se conoce como la *ratio decidendi*, toda vez que el *obiter dicta* tiene una función esencialmente persuasiva. Dado que no es fácil diferenciar una de otra, la ley nacional establece que el propio Tribunal Constitucional deberá precisar en la sentencia el extremo normativo de su decisión. Creo que la ley debiera ser más precisa, pues en la *praxis* se ha cumplido el encargo de maneras diversas. Alguna vez el Tribunal ha precisado el precedente en la parte resolutive de la sentencia, pero en la mayoría de casos lo ha hecho haciendo referencia a determinado número de considerandos de la resolución. Por ello estimamos que:
 - b.1. Debe exigirse una puntual delimitación del precedente, sin importar necesariamente que se precise solo la *ratio decidendi* o que sea una mezcla de esta con el *obiter dicta*, pues no siempre es fácil ni es aconsejable separarlas.
 - b.2. Que sea definida con extrema precisión, pues estamos ante una *norma*.
 - b.3. Que necesariamente forme parte del fallo y no de los considerandos, pues una remisión tan abierta es contraproducente y escapa a un control de calidad y pertinencia. Se ha dado el caso en que algunos de esos considerandos contenían citas doctrinarias,

siendo impensable que esa cita tenga el carácter de vinculante.

- b.4. Debe exigirse que el precedente esté vinculado necesaria e inexcusablemente al tema de fondo que se resuelve. Hemos tenido la experiencia de un caso de *habeas corpus* que termina generando precedentes sobre el arbitraje, tema este de naturaleza mercantil que no tiene relación con la libertad como es fácil de suponer.
- c) Nuestro Tribunal Constitucional está integrado por siete magistrados, quienes sesionan en dos salas de tres miembros cada una para distribuirse la carga procesal con más eficiencia. Solo sesionan en sala plena cuando la ley, atendiendo a la naturaleza de la materia, (por ejemplo, procesos de inconstitucionalidad) así lo exige. A partir de ese sistema, los magistrados integrantes de cada sala se han considerado legitimados para crear precedentes por la sola decisión del colegiado y en algunos casos por simple mayoría de votos, cuando lo correcto es que solo las sesiones plenarias tengan esa competencia excepcional. Es por ello que debieran establecerse las siguientes precisiones:
 - c.1. Que los precedentes vinculantes solo pueden ser creados por decisión adoptada en sesión de Sala Plena.
 - c.2. Que tanto para crear un precedente como para modificarlo, debe haber una mayoría calificada que así lo decida, la que estimo debiera ser de cinco miembros, tal como así lo exige el artículo 5 de su Ley Orgánica para el caso de la acción

(9) RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *La Revisión de las sentencias Constitucionales*. En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Año XI. No 21. Lima, julio-diciembre 2010; pp. 57 y siguientes.

Jurisprudencia constitucional normativa *Normative constitutional jurisprudence*

de inconstitucionalidad, que a la letra dice:

“Artículo 5.- Quórum

El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo, para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos, en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad”.

La analogía es evidente y, por tanto, debe exigirse similar número de votos para generar un precedente o modificarlo.

- d) Un problema aparte y muy delicado lo constituye la emisión de votos en discordia y votos singulares al momento de definir una controversia. Si bien es inevitable que ello ocurra, especialmente cuando la causa tiene connotaciones políticas, debiera establecerse como regla que un precedente no puede ser creado respecto de temas en que dichas discordias se presentan de manera continua, pues será inevitable la debilidad y vulnerabilidad del efecto normativo. Serenar las posturas debiera ser una condición previa.

- e) Debiera precisarse que los efectos del precedente vinculante no pueden ser retroactivos, pues la Constitución no lo permite respecto de las leyes. A su vez, cuando un precedente es dejado sin efecto o variado en sus alcances, debiera precisarse que el nuevo precedente no puede aplicarse a los procesos que se hayan iniciado en base del precedente que se deja sin efecto o se varía. La seguridad jurídica así lo aconseja.

6. Conclusión

No es dable seguir insistiendo en que la jurisprudencia no debe tener efecto normativo, bajo el ingenuo argumento que los jueces solo deben aplicar la ley. Ese razonamiento desconoce aspectos básicos del sistema de recursos, pero, por sobre todo, desconoce la existencia y alcances de normas del proceso vigentes desde hace casi veinte años.

Por ejemplo, el artículo 384 del Código Procesal Civil señala, por un lado, que el objeto de la casación es la uniformidad de la jurisprudencia nacional y más adelante, en el artículo 386 precisa que una causal para ir en casación lo constituye el apartamiento inmotivado del precedente judicial. ¿Cómo puede alegarse a estas alturas de la historia jurídica del país que los jueces no deben tener vinculación respecto a los precedentes? ¿Cómo puede aspirarse a la uniformidad de la jurisprudencia si el precedente no genera la obligación de ser seguido?

Finalmente, cabe hacerse una reflexión respecto del valor de los precedentes en el sistema del *Common Law*. No podría sostenerse seriamente que los jueces de ese sistema carecen de independencia en la medida que no puede dejar de aplicar los precedentes de la Suprema Corte. ¿El *Stare Decisis* los convierte en jueces menos independientes que los del sistema continental del *Civil Law*?

Claro que no. Si ambos sistemas se han acercado de tal manera que ya no cabe hacer distinguos absolutos entre ellos, es natural que comencemos a aceptar que el efecto vinculante de la jurisprudencia es fruto natural en ese proceso evolutivo. 