

¿Potestad del juez de desvinculación de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo en lo Penal en el sistema jurídico peruano?

**César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
de la Universidad de Lima.**

1. A manera de introducción.

Cuando salí de la Universidad consideraba que en los casos, además de la interpretación y aplicación correcta de la ley, se necesitaba un buen soporte doctrinario; la clave era el mejor empleo de la doctrina.

Estimaba que la jurisprudencia, estudiada como fuente de derecho en la Universidad, no existía en el país; por el contrario, pensaba que muchas sentencias servían como demostración del error judicial, de ¡cómo no debe aplicarse el Derecho!

Sin embargo, un cambio positivo empezó operar en el Derecho Peruano; inicialmente con las sentencias de las Salas Civiles Supremas al resolver los recursos de casación; después con las sentencias del Tribunal Constitucional que, pese a luces y sombras, ha realizado un desarrollo jurisprudencial importante por el contenido de varias de sus decisiones y por el significado que ha dado a la jurisprudencia; finalmente las Salas Penales de la Corte Suprema, lideradas por el Presidente del Poder Judicial, el Juez Supremo César San Martín Castro y la generación de jueces que han ido incorporándose al Tribunal Supremo en lo Penal.¹

En el sistema jurídico peruano la jurisprudencia ha adquirido un rol de suma importancia.

Hoy el éxito de un caso, no depende, como antes, de la mejor cita doctrinal, sino de la existencia de jurisprudencia en el sentido de la posición jurídica que se sostiene; el juez cree más en un “semejante” que en Jakobs o Roxin, que puede ser identificado como un “adorno” que no tiene por qué “colocarse” en la sentencia.

¹ Hay que advertir la práctica de las Salas Penales de la Corte Suprema de “sustituir de facto” la jurisprudencia por los llamados Acuerdos Plenarios, cuyo valor doctrinario reconozco en varios de ellos, pero el efecto vinculante que se le asigna, no se puede negar, es debatible normativamente; es más, en los últimos tiempos se ha recurrido a circulares de la Presidencia de la Corte Suprema en las cuales se establecen criterios jurídicos que deben observar los jueces; ello definitivamente no es acertado porque no tiene base legal y, principalmente, resulta peligroso en un tiempo de grave debilitamiento de la independencia judicial por factores externos; como la presión de los grupos de poder, los medios de prensa, la cultura de ilegalidad; y factores institucionales; como equivocados métodos de control aplicados por la OCMA, que en vez de hacer funcionar el control interno en los procesos judiciales por los tribunales de revisión, opta por abrir en pleno proceso diversas investigaciones que hacen que los tribunales tengan que juzgar y sentenciar con “una espada de Damocles en sus cabezas”, creando prácticas como que <juez que absuelva al acusado en un “caso emblemático” termina sancionado>, o como abogados que ya no litigan en los juicios sino en los procesos disciplinarios; o por otro lado, las dificultades de los procesos disciplinarios y ratificación del Consejo Nacional de la Magistratura, que se convierte en campo de batalla de grupos de poder y de abogados que buscan ¡jueces a su medida, hechos en “sastrería”.

Basta comprobar cuando tiempo transcurre desde que la teoría es creada hasta que se consolida como doctrina judicial en el Perú, por ejemplo; la autoría mediata por dominio de la organización, el dolo eventual, el control de la acusación, la prueba de oficio, etc.

En el sistema jurídico nacional, junto a la ley, la jurisprudencia se ha convertido no sólo en fuente de conocimiento, sino en fuente de producción, incluso en el derecho penal y procesal, generando problemas de colisión con garantías fundamentales; con el principio de legalidad en el caso de la aplicación de los delitos de lesa humanidad; o con el principio de culpabilidad y el derecho a la defensa eficaz por el poco interés y ciencia para determinar la imputabilidad y la capacidad procesal para intervenir en juicio en el caso de enfermos mentales.

Pese al nuevo rol de la jurisprudencia, hay jueces que no terminan de comprender como funciona un sistema de justicia jurisprudencial (de casos o precedentes); llegándolo a confundir con el sistema legal, tal cual se demuestra en el caso que analizo en este trabajo; una juez penal consideró que tiene la potestad de desvincularse de un precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, utilizando las reglas del conflicto de leyes; “la ley posterior deroga a la ley anterior”.

A continuación analizo si en el actual sistema jurídico, el Juez tiene la potestad de desvinculación de la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia.

En un proceso penal ordinario tramitado ante el Primer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima², ante la interposición de recurso de apelación contra el auto cautelar de comparecencia restringida con impedimento de salida y el pedido expreso que el plazo para fundamentación corra a partir del decreto de requerimiento, conforme lo establece el Precedente Vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema contenido en la SCS del 25 de mayo del 2005, R.N. N° 1004-2005-Huancavelica sobre el plazo recogido en el artículo 300 del Código de procedimientos Penales; la Juez de Instrucción se desvinculó del precedente vinculante, señalando que el plazo corría desde el día siguiente de la interposición del recurso impugnatorio.

El argumento que dio la Juez fue la observancia de la STC del 16 de enero del 2007, que el Tribunal Constitucional dictó en el Proceso de habeas corpus N° 10227-2006-PHC/TC; en dicha sentencia el TC declara que el plazo de fundamentación de los recursos tiene como término inicial el día siguiente de la interposición, esto es, el criterio empleado por la Juez en el proceso penal.

Adelantándome a las posteriores conclusiones, afirmo que la Juez no tenía potestad de desvincularse del precedente vinculante de la Corte Suprema; máxime si la sentencia del Tribunal Constitucional que invocó como “justificación”, no constituye precedente constitucional vinculante, y mucho menos jurisprudencia constitucional.

2. El Precedente Vinculante establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante la SCS del 25 de mayo del 2005, R.N. N° 1004-2005 Huancavelica.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, actuando como ponente el actual Presidente del Poder Judicial, estableció que el tercer fundamento jurídico de la

² Expediente 109-2011.

sentencia constituye precedente vinculante, de conformidad con el artículo 301 A del Código de Procedimientos Penales.

El Precedente vinculante es el siguiente: "...el plazo de 10 días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, **corre desde el día siguiente de la notificación de requerimiento para su fundamentación** –en caso que el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral–, oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial o preliminar del recurso que interpuso..."

Agrega la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema "que aun cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente de la interposición del recurso, es del caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante...el criterio que ahora se enuncia"; agregando como fundamento del precedente vinculante, al argumento de seguridad o certeza de la viabilidad inicial del recurso; dos consideraciones:

- El inciso 5 del artículo 300 no establece el criterio anteriormente empleado, no fija en el texto el término inicial del plazo; "Las partes deberán fundamentar en un plazo de...el recurso"; cabe por tanto establecerlo por interpretación.
- La regla del plazo forma parte del contenido constitucional (esencial) del derecho al recurso, que a su vez integra la garantía procesal constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que corresponde "...adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso."

En el proceso penal que motiva este análisis, presenté recurso de apelación parcial contra el auto cautelar en el extremo del impedimento de salida del país, implementado adicionalmente a la de comparecencia con 4 restricciones: a) no variar el lugar de domicilio, ni ausentarse del lugar sin autorización del juez competente; b) control mensual de firma; c) obligatoriedad de acudir a las citaciones del juzgado; y d) prestación de caución.

Mediante el decreto por el cual se tiene por interpuesto el recurso de apelación y se dispone su fundamentación, al proveer el otrosí digo (en el que solicité se cumpla con observar lo dispuesto por el Precedente Vinculante de mayo del 2005), la Juez señaló que debía tenerse presente la STC del 16 de enero del 2007, dictada en el Proceso de habeas corpus N° 10227-2006-PHC/TC, en el cual se fija como término inicial del plazo el día siguiente de la interposición del recurso.

La Juez se apartó del precedente vinculante de la Corte Suprema "amparada" en la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

La fundamentación del recurso de apelación fue presentada teniendo en cuenta el precedente vinculante de la Corte Suprema, esto es, se consideró como término inicial del plazo el decreto de requerimiento de fundamentación, sin embargo la Juez rechazó la impugnación por no observar la carga procesal de tiempo, invocando la STC del 16 de enero del 2007.

La Juez del Primer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima, expresamente, se apartó del precedente vinculante de la Corte Suprema al declarar inadmisibles por “extemporáneo” el recurso de apelación interpuesto, pues cambió el criterio establecido por el precedente vinculante de la Sala Penal Permanente, para ¿seguir? el señalado en una sentencia del Tribunal Constitucional, pese a que se le hizo ver que no era jurisprudencia constitucional, ni un precedente vinculante.³ ___

3. ¿Pudo la Juez en el proceso penal inobservar un precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia?

El Poder Judicial publicó los “Precedentes vinculantes, sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia”; la introducción de la obra estuvo a cargo del actual Presidente de la Corte Suprema, César Eugenio San Martín Castro, a quien el entonces Presidente de la Corte Suprema Francisco Artemio Távora Córdova, le reconoce un rol especial en la producción de la jurisprudencia penal del máximo Tribunal de Justicia del Perú.

No es irrazonable sostener que el pensamiento del actual Presidente del Poder Judicial, recogido en la introducción de la publicación, constituye la posición institucional, al menos, de la Corte Suprema sobre los precedentes vinculantes.

SAN MARTÍN CASTRO afirma que los precedentes vinculantes y sentencias plenarios del artículo 301 A del Código de Procedimientos Penales de 1940, así como las sentencias casatorias y los plenos casatorios del artículo 433 incisos 3 y 4 del Código Procesal Penal del 2004, generan una vinculación “absoluta y de carácter horizontal y vertical: vinculan a los jueces de todas las instancias”.⁴

El sistema jurídico de un Estado de Derecho solamente puede funcionar si se garantiza en su aplicación continuidad y unidad de interpretación del orden normativo; la continuidad se logra con la vinculación de los tribunales, y otros de igual jerarquía, a sus precedentes (vinculación horizontal); la unidad se alcanza vinculando a los tribunales inferiores a los precedentes establecidos por la Corte Suprema que actúa como una instancia interpretativa vinculada (vinculación vertical).⁵

La vinculación horizontal “no es pétrea”, la propia Corte Suprema puede promover la modificación o cambio de los precedentes vinculantes y las sentencias plenarios; de las sentencias casatorias y los plenos casatorios; en cambio la vinculación vertical “tiene un sentido más fuerte: **los jueces inferiores no tienen la posibilidad de no cumplirla**”⁶⁷. (Resaltado del autor).

Al desarrollarse la vinculación vertical se diferencia los precedentes vinculantes, las sentencias plenarios, las sentencias casatorias y los plenos casatorios a los que les asigna vinculación absoluta; de los fallos vinculantes regulados por los artículos 22 y 80 inciso 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ).⁸⁹

3 Resolución de fecha doce de marzo del 2012.

4 PODER JUDICIAL, Precedentes Vinculantes, Sentencias Casatorias y Ejecutorias Relevantes en Materia Penal de la Corte Suprema de Justicia, Página XVI, Fondo Editorial, 2008.

5 César SAN MARTÍN CASTRO en el prólogo y estudio preliminar de la obra de Miguel Pérez Arroyo, Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante (2004-2008), Página XX, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Fondo Editorial, Lima, 2009.

6 PODER JUDICIAL, Obra citada, Página XVI.

7 Miguel PÉREZ ARROYO, Obra citada, Página XXI.

8 PODER JUDICIAL, Obra citada, Página XVI.

9 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada de Miguel Pérez Arroyo, Página XXI.

Las Salas de la Corte Suprema están autorizadas a ordenar la publicación trimestral de las ejecutorias que fijan criterios jurisprudenciales que han de ser de cumplimiento obligatorio (artículo 22 de la LOPJ); y la Sala Plena de la Corte Suprema está autorizada, igualmente, a disponer la publicación trimestral de las ejecutorias que fijan los principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales (artículo 80 inciso 4 de la LOPJ).^{10 11}

Según **SAN MARTIN CASTRO** la vinculación vertical es absoluta respecto de las ejecutorias que dispone publicar la Sala Plena y es relativa en cuanto a las que ordenan publicar las Salas de la Corte Suprema; respecto de estos precedentes jurisprudenciales los jueces pueden apartarse, conforme al artículo 22 de la LOPJ, mediante una motivación cualificada.^{12 13}

VINCULACION VERTICAL DE LAS EJECUTORIAS SUPREMAS CONFORME A LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA			
SALAS PENALES SUPREMAS	PRECEDENTES VINCULANTES	ART. 301 "A" INC. 1 C. de P.P.	VINCULACION ABSOLUTA
SALAS PENALES SUPREMAS	SENTENCIAS PLENARIAS	ART. 301 "A" INC. 2 C. de P.P.	VINCULACION ABSOLUTA
SALAS DE LA CORTE SUPREMA	FALLOS VINCULANTES	ART. 22 L.O.P.J.	VINCULACION RELATIVA
SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA	FALLOS VINCULANTES	ART. 88 INC. 4 L.O.P.J.	VINCULACION ABSOLUTA
SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA	SENTENCIAS CASATORIAS	ART. 433 INC. 1 C.P.P.	VINCULACION ABSOLUTA
PLENO CASATORIO DE LOS VOCALES EN LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA	PLENOS CASATORIOS	ART. 433 INC. 4 C.P.P.	VINCULACION ABSOLUTA

De acuerdo a la doctrina judicial de la Corte Suprema de la República, la Juez no pudo apartarse del precedente vinculante establecido en la SCS del 25 de mayo del 2005, R.N. N° 1004-2005 Huancavelica, para desconocer el término inicial del plazo de

10 PODER JUDICIAL, Obra citada, Página XVI.

11 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada de Miguel Pérez Arroyo, Página XXI.

12 PODER JUDICIAL, Obra citada, Página XVI.

13 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada de Miguel Pérez Arroyo, Página XXI.

fundamentación del recurso de apelación, esto es, el decreto de requerimiento para que el actor fundamente la impugnación.

4. Análisis de la justificación aparente de la Juez para apartarse del precedente vinculante establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante la SCS del 25 de mayo del 2005, R.N. N° 1004-2005 Huancavelica.

4.1. La STC del 16 de enero del 2007 no es jurisprudencia constitucional, ni un precedente vinculante.

La Norma VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional reconoce a la jurisprudencia constitucional efecto vinculante que deben observar los jueces ordinarios al interpretar y aplicar la ley.

En el auto de inadmisión del recurso de apelación, la Juez del Primer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima señala como fundamento para aplicar la sentencia del Tribunal Constitucional –en defecto del precedente vinculante establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema– precisamente el artículo VI del título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La Juez evidenció desconocimiento sobre las sentencias del Tribunal Constitucional que producen efecto vinculante sobre los jueces ordinarios.

Víctor **GARCIA TOMA**, ex Presidente del Tribunal Constitucional, define a la jurisprudencia constitucional como el conjunto de sentencias que de forma reiterada y uniforme establecen un criterio de interpretación o aplicación de la Constitución o la ley en un caso con relevancia constitucional.¹⁴

La Norma VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional precisa que solamente una declaración expresa del Tribunal Constitucional permite que una sentencia adquiera la condición de precedente vinculante.

La STC del 16 de enero del 2007, invocada por la Juez como justificación de su desvinculación del precedente vinculante de la Corte Suprema, no constituye jurisprudencia constitucional y tampoco es un precedente constitucional vinculante.

Dos requisitos tiene el precedente vinculante:

- a) resolución de fondo que genere el efecto de cosa juzgada;
- b) declaración expresa de la calidad de precedente vinculante.¹⁵

El segundo requisito, la declaración expresa del Tribunal Constitucional que la STC del 16 de enero del 2007 es un precedente vinculante, no aparece en su “breve” texto.

Tampoco forma parte de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la fijación del término inicial del plazo de fundamentación de los recursos de impugnación

14 Víctor GARCÍA TOMA, Las sentencias constitucionales: el precedente vinculante, en El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú, Obra colectiva, Coordinador JhonnyTupayachi Sotomayor, Página 54, Editorial Adrus e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, Lima, 2009.

15 Ibídem, Página 56.

en el proceso penal, por el contrario, del estudio de diversas sentencias encontramos que existen posiciones contradictorias.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó la STC del 9 de febrero del 2005, en este caso discutió si el termino inicial del plazo de fundamentación era “el día de la lectura de la sentencia o el siguiente”, optándose por la segunda opción en aplicación del “**principio pro actione**” al reconocer que el artículo 300 inciso 5 del Código de Procedimientos Penales no es una norma clara y admite “**diversas interpretaciones**”, debiéndose escoger la que favorezca el recurso, conforme al Fundamento 4. Intervino el Juez Constitucional Javier Alva Orlandini que participó en la sentencia invocada por la Juez del Primer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima.¹⁶

La Juez señaló que este pronunciamiento del Tribunal Constitucional “no resulta aplicable al caso de autos por tratarse a supuestos de hecho distintos”; no se comprendió que lo importante de la STC invocada era el señalamiento que la determinación del término inicial del plazo de fundamentación era objeto de interpretación del juez ordinario, precisándose como criterio constitucional para tal operación el principio del pro recurso; las disposiciones sobre recursos se interpretan buscando su concesión, garantizando el derecho fundamental a recurrir.

La STC del 4 de julio del 2007 dictada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, posterior a la invocada por la Juez, al tratar el caso penal admite como parte del procedimiento del recurso de apelación contra sentencia en un proceso penal sumario, que en ejecución del artículo 300 inciso 5 del Código de Procedimientos Penales, la Juez otorgue un plazo para la fundamentación, cuyo término inicial es el decreto de requerimiento, no la interposición del recurso; así se aprecia del Fundamento 2 de la sentencia y del Fundamento 8 del voto en discordia; inclusive intervienen los jueces constitucionales Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez que también participaron en la STC del 16 de enero del 2007.¹⁷

La Juez argumento que la STC del 4 de julio del 2007 sólo hace alusión a la motivación de las resoluciones judiciales; citando, para sustentar su posición, una parte de los fundamentos del voto en discordia de los magistrados Gonzales Ojeda y Mesía Ramírez.

La STC del 4 de julio del 2007 es pertinente porque en el proceso penal que motivó el habeas corpus, el procesado apeló una sentencia condenatoria ante lo cual el tribunal emitió decreto requiriéndole en el plazo de 10 días fundamentar el recurso de nulidad, el sentenciado no lo hizo y por tanto se le rechazo. El TC no objetó que el juez ordinario fije como termino inicial del plazo para fundamentación el decreto de requerimiento; lo que demuestra que la STC del 16 de enero del 2007 no es jurisprudencia constitucional; pues de haberlo sido, el TC hubiese cuestionado tal criterio al ser distinto a que el termino inicial para fundamentar el recurso sea el día siguiente de la interposición.

La STC del 6 de julio del 2009 dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el Fundamento 4, vuelve a reconocer como termino inicial del plazo de fundamentación del recurso de impugnación en el proceso penal, el requerimiento de fundamentación.¹⁸

16 Tribunal Constitucional, Expediente N° 4739-2004-PHC/TC.

17 Tribunal Constitucional, Expediente N° 8790-05-PHC/TC.

18 Tribunal Constitucional, Expediente N°1658-2009-HC/TC.

La Juez vuelve a decir que éste pronunciamiento está referido a la motivación de resoluciones judiciales.

La STC no trató el derecho a la motivación de resoluciones sino el derecho a la defensa. En el proceso de habeas corpus el TC examinó la denuncia de indefensión porque no se facilitó al procesado la copia de la sentencia condenatoria y no pudo fundamentar su recurso de nulidad. El TC en ningún momento cuestionó el plazo otorgado a partir del decreto de requerimiento para fundamentación del recurso; lo cual igualmente demuestra que la STC del 16 de enero del 2007 no es jurisprudencia constitucional.

La STC del 17 de marzo del 2010 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, participando el Juez Constitucional Mesías Ramírez, que intervino en la sentencia citada por la Juez Penal, conforme al Fundamento 7, igualmente admite que el término inicial del plazo de fundamentación del recurso sea el decreto de requerimiento.¹⁹

Al igual que en los casos anteriores la Juez señaló que la STC no era aplicable a la cuestión procesal generada en el proceso penal porque se trata la motivación de las resoluciones.

La STC no versa sobre la motivación de las resoluciones, sino del derecho de acceso a los recursos y el debido proceso; lo que cuestiona el demandante en ese proceso de habeas corpus es la denegatoria de su recurso de apelación por extemporáneo; el TC desestimó la demanda porque el apelante no fundamentó el recurso dentro del plazo; en ningún momento cuestionó que el término inicial del plazo de fundamentación sea el decreto de requerimiento.

Como se aprecia del análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional, la STC del 16 de enero del 2007 no solamente resulta un pronunciamiento aislado o único, sino que es contradicho radicalmente en fallos posteriores, razón por la que no puede ser considerada jurisprudencia constitucional.

Es un dato importante a considerar que ninguna de las sentencias del Tribunal Constitucional examinó, ni siquiera mencionó, el precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del que se apartó la Juez; siendo lo más probable que no se haya mencionado por desconocimiento, resaltado el defecto que vengo señalando desde tiempo atrás; pese a que más de la mitad de las causas que conoce el Tribunal Constitucional son habeas corpus, ninguno de sus integrantes tiene especialidad en derecho penal y procesal, siendo el abogado que los “asesora” en estos temas ¡oculto! para el proceso constitucional, porque el informe que tendría que darse no es comunicado a las partes y menos el autor, afectando el derecho de defensa, porque un medio indispensable para que sea eficaz, es el conocer el “parecer penal o procesal” que se sugiere seguir al TC, para exponer la posición de parte en la vista de la causa.

La Juez argumentó su desvinculación del precedente vinculante del Tribunal Supremo en lo Penal, afirmando que al ser la STC del 16 de enero del 2007 posterior a la SCS del 25 de mayo del 2005, la ¿sentencia posterior deroga a la anterior?

La juez equivocadamente aplicó principio lógico jurídico; “lo posterior deroga o modifica a lo anterior”.

19 Tribunal Constitucional, Expediente N° 05019-2009-PHC/TC.

La juez ante dos sentencias temporalmente distintas utilizó una regla aplicable al conflicto de leyes.

En casos de conflictos de leyes en el orden jurídico, se aplican las reglas de jerarquía, especialidad y de la ley posterior.²⁰

El caso es que en el proceso judicial que origina el presente trabajo, el tema de discusión no es la aplicación de una u otra ley, sino de aplicación de una sentencia del Tribunal Constitucional dejando de lado un precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema jurisprudencia.

No existe conflicto entre la SCS del 25 de mayo del 2005, R.N. N° 1004-2005 Huancavelica y la STC del 16 de enero del 2007; a la primera la Juez Penal tiene vinculación vertical absoluta, a la segunda ninguna vinculación, pues como ya se demostró, ni forma parte de jurisprudencia constitucional, ni es un precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

4.2. El empleo de la STC del 16 de enero del 2007 como justificación para apartarse del Precedente Vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema es una mala utilización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a recurrir.

En el Caso del ex Presidente de la República Alberto Fujimori, al dictarse la STC del 11 de agosto del 2011²¹, entendida como la más acabada en materia del derecho a recurrir que haya dictado el TC, se establecen los siguientes criterios: **a)** el derecho a recurrir forma parte de la garantía procesal constitucional al debido proceso (Fundamento 8); **b)** el derecho a recurrir tiene conexión con la garantía procesal constitucional de la defensa (Fundamento 9); **c)** el derecho a recurrir es de configuración legal (Fundamentos 11 y 12); **ch)** La configuración legal del derecho a recurrir significa que la Constitución reconoce que es el Legislador el que establece los recursos y sus procedimientos, correspondiendo al TC, verificada la constitucionalidad de la “ley configuradora” proteger su cumplimiento como parte del contenido esencial del derecho a recurrir (Fundamentos 12 y 30); **d)** Así como el Legislador tiene la potestad constitucional de establecer las reglas para el ejercicio del derecho a los recursos, la Corte Suprema igualmente la tiene para interpretarlas, no pudiendo el TC intervenir mientras que los criterios interpretativos del Poder Judicial estén dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido (Fundamentos 34 y 35).

El Tribunal Constitucional reconoce que no puede intervenir en ámbitos que la Constitución ha reservado, por ejemplo a la Corte Suprema de la Justicia, pues eso significaría asumir potestades que no le ha asignado el Poder Constituyente y desconocer que la Corte Suprema de Justicia es la máxima interprete de la legislación ordinaria; conforme lo ha establecido en la RTC 1949-2010-PA Fundamento jurídico 4 y en la STC 2730-2006-PA, Fundamento jurídico 56.

Dentro del ámbito de lo constitucionalmente permitido, el Legislador estableció la carga de fundamentación del artículo 300 inciso 5 del Código de Procedimientos

20 En este sentido, Carlos Santiago NINO, Introducción al análisis del derecho, 2da edición, Página 275, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988. Véase también, Roberto VERNENGO, Curso de Teoría General del Derecho, 2da edición, Páginas 374 y 375, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

21 Es pública mi discrepancia con esta sentencia, pero los cuestionamientos a la parte resolutoria y a la aplicación de la argumentación elaborada por el TC para desestimar el habeas corpus, no impide desconocer el acierto de algunos criterios que se establecieron, pues insisto el problema fue de aplicación al caso.

Penales, y al no señalar expresamente en su texto el término inicial del plazo, se han dado varias interpretaciones para su fijación; es así que existen como criterios: “la diligencia de lectura de sentencia”; “el día siguiente de la lectura”; “la interposición del recurso”, etc.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ejerciendo la potestad establecida por el Legislador en el artículo 301 A, dictó un precedente vinculante estableciendo que la interpretación del inciso 5 del artículo 300 es en el sentido que el término inicial del plazo de fundamentación es la notificación del decreto de requerimiento.

Por cierto, insisto, el precedente vinculante de la Corte Suprema de la República no ha sido ni mencionado en las sentencias del Tribunal Constitucional, en todo caso se puede considerar que tácitamente es respetado, puesto acorde con su propia jurisprudencia, no puede intervenir en la interpretación que la CSJ da a la legislación ordinaria, salvo los supuestos de violación de la Constitución.

La STC del 16 de enero del 2007 que invoca la Juez para apartarse del precedente vinculante no lo trata y mucho menos denuncia y demuestra su inconstitucionalidad.

César **SAN MARTIN**, siguiendo la jurisprudencia constitucional alemana, afirma que el Tribunal Constitucional, en principio no es competente para interpretar las leyes ordinarias, si para fijar los criterios o límites en que los jueces ordinarios interpretan la ley, solamente intervendría en los casos de interpretaciones de leyes ordinarias contrarias a la Constitución; razón por la cual, en principio, cuando el TC efectúa interpretación de leyes infra constitucionales ésta no es vinculante.²²

Afirma **SAN MARTIN** que como lo hizo el Tribunal Constitucional Alemán, hay que ponderar los principios de primacía institucional del TC para interpretar la Constitución y el de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional; lo que significa que el Tribunal Constitucional debe permitir que sea el Poder Judicial el que establezca “el camino metodológico que haga posible que una determinada institución de derecho penal resulte coherente con los principios constitucionales”, por lo que ante una sentencia interpretativa del TC, la Corte Suprema puede “elaborar y aplicar una interpretación propia y distinta, claro está asumiendo los principios globales de relevancia constitucional”.²³

En conclusión, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es ámbito de competencia de la Corte Suprema interpretar el artículo 300 inciso 5 para fijar el término inicial del plazo de fundamentación del recurso de apelación, vía un precedente vinculante que además ningún juez, incluido claro está la del Primer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima, puede dejar de aplicar.

5. Vías legales para que se pueda fomentar el cambio de la jurisprudencia.

No podría terminar este artículo sin hacer algunas reflexiones sobre las alternativas que se prevé en el ordenamiento jurídico para promover el cambio de la jurisprudencia.

22 Iván Salomón GUERRERO LÓPEZ, Common Law en el Perú, Jurisprudencia Penal Vinculante, Páginas 33 a 36, Editorial IDEMSA, Lima, 2009.

23 Ibídem, Página 36.

5.1 La variación de la jurisprudencia en el caso de vinculación horizontal.

Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema pueden desvincularse de los precedentes vinculantes, variando el procedimiento si se trata del misma Sala del Tribunal Supremo en lo Penal que emitió la ejecutoria objeto de la desvinculación, o de la otra Sala.

El artículo 301 A inciso 1 del Código de Procedimientos Penales, establece que la Sala Penal de la Corte Suprema puede apartarse de los precedentes vinculantes que ha establecido, a través de una motivación calificada; tienen que establecerse los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia de desvinculación, debiendo desarrollarse la argumentación jurídica que justifica el apartamiento del precedente vinculante.

La sentencia de desvinculación tiene que ser publicada en el diario oficial El Peruano, y de ser posible en la página web o el portal del Poder Judicial.

El inciso 2 regula la desvinculación de la Sala Penal del precedente vinculante dictado por la otra Sala del Supremo Tribunal Penal; se contemplan dos presupuestos de desvinculación: a) ejecutorias en las que se utilizan criterios de interpretación o aplicación de la ley discrepantes con el precedente vinculante; y b) votos que se fundamentan con criterios de interpretación o a aplicación de la ley discrepantes con el precedente vinculante.

En estos casos se reconoce legitimidad a cualquiera de las Salas Penales Supremas, a la Fiscalía de la Nación, y a la Defensoría del Pueblo, en los ámbitos de su competencia; considero que hay otras instituciones con igual interés y capacidad para promover la uniformidad de la jurisprudencia; los Colegios de Abogados, las Facultades de Derechos de las Universidades.

El procedimiento es más complejo; el Pleno de los Jueces Penales Supremos fija y debate los criterios discrepantes y por mayoría dicta una sentencia plenaria que no afecta a la sentencia o sentencias que puedan constituir su objeto.

Las Salas Penales de la Corte Suprema no prefieren la vía de la sentencia plenaria, prefieren a los acuerdos plenarios para superar los casos de criterios discrepantes; alternativa que, como ya se comentó, tiene problemas de legalidad a partir que se pretende que generen vinculación vertical.

No hay vía procedimental para cambiar las sentencias plenarias, pero considero que el Pleno de los Jueces Penales Supremos tiene esta potestad a través del mismo procedimiento, una nueva sentencia plenaria que se aparte de la anterior; las Salas Penales de la Corte Suprema no podrían desvincularse de una sentencia plenaria.

El artículo 433 inciso 3 del Código Procesal Penal regula el procedimiento para el cambio de las sentencias casatorias que constituyen doctrina jurisprudencial vinculante.

Una Sala Penal de la Corte Suprema dicta una sentencia de casación que, de oficio o a petición del Ministerio Público, se convierte en doctrina jurisprudencial de vinculación vertical; existiendo otra Sala Penal en el Tribunal Supremo, ésta, se entiende en caso de discrepancia con la sentencia vinculante, puede convocar a los Jueces Penales de la Corte Suprema para que debatan los criterios jurídicos

discrepantes y resuelvan mediante un pleno casatorio, que produce vinculación horizontal hasta que sea modificado por la misma vía.

El inciso 4 contempla otra posibilidad; que una Sala Penal de la Corte Suprema, o alguno de sus integrantes, dicten sentencia casatoria o emitan votos discrepantes con la doctrina jurisprudencial establecida por el otro Tribunal Penal Supremo; a través del mismo procedimiento, promovido de oficio, por el Ministerio Público, se entiende, la Fiscalía de la Nación, y la Defensoría del Pueblo en los ámbitos de su competencia (la misma crítica de no reconocimiento de legitimidad a otras instituciones). La única diferencia con el procedimiento anterior es que en éste se realiza una audiencia con citación del Ministerio Público; el pleno casatorio resuelve las discrepancias de las Salas por mayoría.

Los plenos casatorios solamente pueden ser variados siguiendo el mismo procedimiento.

Las sentencias casatorias que constituyen doctrina judicial y los plenos casatorios se publican en el diario oficial.

5.2 La variación de la jurisprudencia en el caso de vinculación vertical.

Salvo los supuestos de las ejecutorias publicadas por las Salas en aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se prevé en el ordenamiento jurídico forma de apartarse de jurisprudencia que tiene efecto de vinculación horizontal.²⁴

6. Conclusiones.

- A.** La jurisprudencia ha adquirido un rol protagónico como fuente de derecho en el sistema jurídico nacional, incluso como fuente de producción en el derecho penal y procesal penal, colisionando con garantías fundamentales.
- B.** El sistema jurídico de un Estado de Derecho solamente puede funcionar si se garantiza en su aplicación continuidad y unidad de interpretación del orden normativo; la continuidad se logra con la vinculación de los tribunales, y otros de igual jerarquía, a sus precedentes (vinculación horizontal); la unidad se alcanza vinculando a los tribunales inferiores a los precedentes establecidos por la Corte Suprema que actúa como una instancia interpretativa vinculada (vinculación vertical).
- C.** Los precedentes vinculantes y sentencias plenarias del artículo 301 A del Código de Procedimientos Penales, así como las sentencias casatorias y los plenos casatorios del artículo 433 incisos 3 y 4 del Código Procesal Penal, generan una vinculación absoluta y de carácter horizontal y vertical: vinculan a todos los jueces, y en todas las instancias.

²⁴ Constituye aún un tema de investigación sobre el que me reservo pronunciarme sobre la legalidad del empleo del control difuso de constitucionalidad para el caso de la jurisprudencia que genera vinculación vertical.

- D.** Las Salas de la Corte Suprema están autorizadas a ordenar la publicación trimestral de las ejecutorias que fijan criterios jurisprudenciales que han de ser de cumplimiento obligatorio (artículo 22 de la LOPJ), pero su vinculación es relativa ya que la ley faculta excepcionalmente a los jueces a apartarse de ellas mediante una motivación cualificada. La Sala Plena de la Corte Suprema está autorizada, igualmente, a disponer la publicación trimestral de las ejecutorias que fijan los principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales (artículo 80 inciso 4 de la LOPJ), por lo tanto su vinculación es absoluta.

- E.** El termino inicial, del plazo legal de 10 y 5 días para fundamentar el recurso de apelación contra sentencia u auto respectivamente, es el decreto de requerimiento de la Juez para satisfacer la carga de fundamentación conforme a la interpretación que ha efectuado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del artículo 300 inciso 5 del Código de Procedimientos Penales, contenida en el Precedente Vinculante establecido en la sentencia signada como R.N. N° 1004-2005– Huancavelica del 25 de mayo del 2005.

- F.** Los jueces ordinarios están vinculados por la jurisprudencia y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; sin embargo no toda sentencia que este emite tiene tal condición, de allí que es necesario determinar en qué casos se produce el efecto vinculante.