

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PUCP

Título

**LOS HECHOS EN EL PRECEDENTE: FUNDAMENTOS PARA UNA
RECONSTRUCCIÓN RACIONAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
EN EL PERÚ**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO
CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL

Autor

JIM LEOFEL RAMÍREZ FIGUEROA

Asesor:

RENZO CAVANI

JULIO, 2018



RESUMEN

Con la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional se introdujo al sistema jurídico peruano la figura del precedente constitucional vinculante. A la luz de dicha regulación, el Tribunal Constitucional ha emitido un sin número de precedentes vinculantes, los cuales demuestran ausencia de racionalidad en la formación de estos, principalmente por los siguientes aspectos: formación abstracta del precedente constitucional, esto es, un precedente creado al margen de los hechos del caso concreto; y a partir de la ausencia de conexión entre el precedente y los hechos, se fijan como extremos vinculantes aquellos razonamientos que no son la *ratio decidendi*. Bajo este contexto, cabe preguntarse: ¿Es racional el modus operandi del Tribunal Constitucional en la formación e identificación del precedente constitucional? ¿Se pueden interpretar los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de manera distinta a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional? Pues bien, con la expresión «precedente vinculante» se alude a la obligación que tienen los jueces y tribunales de seguir decisiones anteriores al tomar una decisión posterior. La doctrina del precedente, surgida en la tradición del *common law*, gira entorno a los hechos del caso particular. Así, las categorías que influyen en la comprensión de su significado y alcances -*ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing u overruling*- solo pueden ser comprendidas a la luz de los hechos que configuran el caso en el que es creado, así como los hechos del caso en el que debe ser aplicado. A partir de ello, el precedente no es otra cosa más que la *ratio decidendi* construida para decidir un caso particular. Por eso, sin hechos no hay precedente.

PALABRAS CLAVE

Common law, civil law, Tribunal Constitucional, Constitución, interpretación, caso concreto, hechos, precedente, ratio decidendi, obiter dicta, distinguishing, overruling.

ABSTRACT

With the enactment of the Constitutional Procedural Code, the figure of the binding constitutional precedent was introduced to the Peruvian legal system. In light of this regulation, the Constitutional Court has issued a number of binding precedents, which demonstrate absence of rationality in the formation of these, mainly by the following aspects: abstract formation of the constitutional precedent, that is, a precedent created regardless of the facts of the specific case; and from the absence of connection between the precedent and the facts, those arguments that are not the *ratio decidendi* are fixed as binding ends. In this context, it is worth asking: Is the modus operandi of the Constitutional Court rational in the formation and identification of the constitutional precedent? Can articles VI and VII of the Preliminary Title of the Constitutional Procedural Code be interpreted differently from the interpretation made by the Constitutional Court? Well, the term "binding precedent" refers to the obligation of judges and courts to follow previous decisions when making a subsequent decision. The doctrine of precedent, arising in the *common law* tradition, revolves around the facts of the particular case. Thus, the categories that influence the understanding of their meaning and scope -*ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing or overruling*- can only be understood in the light of the facts that make up the case in which it is created, as well as the facts of the case in which it must be applied. From this, the precedent is nothing more than the *ratio decidendi* built to decide a particular case. Therefore, without facts there is no precedent.

KEYWORDS

Common law, civil law, Constitutional Court, Constitution, interpretation, concrete case, facts, precedent, ratio decidendi, obiter dicta, distinguishing, overruling.

*Yo quiero saber por qué el gato maúlla,
verde por fuera, rojo por dentro es la sandía.*

*Yo quiero saber, no quiero dormir
lo que ahora pasa aquí voy a descubrir.*

*Yo quiero saber, por qué es la Luna
yo tengo tantas preguntas,
¿por qué salta la pulga?*

*Yo quiero saber, no quiero dormir
lo que ahora pasa aquí voy a descubrir.**

-
- “Yo quiero saber” es una de las canciones que se suele escuchar en la serie animada El mundo de Luna, una serie de origen brasileño, creada y dirigida por Celia Catunda y Kiko Mistrorigo y producida por TV Pinguim.



A Christopher Jim, porque un hijo, como decía José de Saramago, es un ser que nos prestaron para un curso intensivo de cómo amar a alguien más que a nosotros mismos, y de cómo cambiar nuestros peores defectos para darles los mejores ejemplos.

AGRADECIMIENTOS

Realizar una investigación es un proceso largo y difícil. En el camino vas descubriendo la necesidad de extender las manos para buscar un poco de ayuda, la misma que no solo se constriñe a cuestiones académicas, sino también, para hacer frente al desánimo y el cansancio.

En ese camino, he contraído múltiples deudas con todas las personas que, de alguna manera, me ayudaron a encontrar la senda que me llevó a concluir este trabajo. Han sido muchos los profesores de derecho de nuestro país y del extranjero, los que se han tomado la molestia de leer mis correos y responderlos, en muchos casos adjuntando lecturas sobre mis consultas. A todos ellos infinitas gracias.

Desde un inicio sabía bien lo que quería hacer, pero necesitaba contar con un guía que orientara mis ideas, que discutiera conmigo mis oscilaciones y, sobre todo, que me impulsara hacer un buen trabajo. No sé si lo logré, pero sí sé que todo lo bueno que puedan encontrar en esta investigación, es gracias al apoyo incondicional que recibí del profesor Renzo Cavani. A él, mi gratitud eterna.

Además, debo agradecer al profesor Christian Delgado Suárez, con quien intercambié ideas a lo largo de la elaboración de esta investigación, producto del cual recibí valiosas sugerencias y observaciones.

Finalmente, a mamá Tica, Dianita y Christopher Jim, por ser mi principal soporte emocional, pues gracias a ellos no he sido doblegado por el desánimo y el cansancio; por el contrario, me han ayudado a comprender que mi andar por estos lares recién ha comenzado.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO.....	5
INTRODUCCIÓN.....	10

Capítulo I EL PRECEDENTE: SU SIGNIFICADO Y ALCANCES EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL *COMMON LAW*

1. PREMISA.....	17
2. EL PRECEDENTE EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL <i>COMMON LAW</i>	18
2.1. El precedente en el derecho inglés.....	21
2.1.1. Del <i>case law</i> a la formación de la doctrina del precedente vinculante.....	23
2.1.2. Los precedentes como razones.....	25
2.1.3. El mito de la presencia invisible de <i>statutory law</i> : la supuesta subordinación del <i>statutory law</i> frente al precedente.....	28
2.1.4. El grado de vinculación al precedente: a propósito de la estructura jerárquica de los tribunales en el sistema judicial inglés.....	38
2.2. El precedente en el derecho norteamericano.....	44
2.2.1. Perspectiva histórica del <i>stare decisis</i>	46
2.2.2. La actitud de los tribunales norteamericanos frente al precedente: a propósito del grado de vinculación al precedente.....	52
2.2.3. La rigidez del precedente judicial frente a la flexibilidad del precedente constitucional.....	55
2.2.4. La incidencia de la organización judicial norteamericana en el precedente.....	58
2.3. La doctrina del precedente y las categorías que influyen en la comprensión de su significado y alcances.	62
2.3.1. Los modelos del precedente.....	65
2.3.2. <i>Ratio decidendi</i> y <i>obiter dicta</i>	71
2.3.3. Aplicación del precedente: <i>distinguishing</i>	72
2.3.4. La superación del precedente: <i>overruling</i>	73

Capítulo II

EL PRECEDENTE (CONSTITUCIONAL) VINCULANTE «À LA PERUANA»: ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL *MODUS OPERANDI* EN LA CREACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

1. PREMISA.....	78
2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN.....	81
2.1. El juez como guardián de la Constitución y de la constitucionalidad.....	85
2.2. La labor interpretativa del juez: de la disposición a la norma.....	97
2.3. La interpretación jurisdiccional de la constitución: el tribunal constitucional como supremo intérprete de la constitución.....	105
3. LA TEORÍA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	109
3.1. El precedente como regla jurídica expuesta en un caso particular.....	110
3.2. El precedente constitucional peruano tiene una connotación distinta al precedente del common law.....	111
3.3. El precedente constitucional tiene los mismos efectos de una ley.....	113
3.4. Condiciones del uso de los precedentes constitucionales vinculantes y presupuestos para su creación.....	115
4. LAS PECULIARIDADES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA NACIONAL.....	118
4.1. La adopción del precedente no puede hacerse de manera irreflexiva y a-contextual, es necesario estudiar nuestros propios límites.....	118
4.2. Lo que mejor caracteriza la actividad creativa del Tribunal Constitucional es su estatus jurisdiccional.....	121
4.3. La emisión del precedente constitucional supone siempre la concretización interpretativa de las disposiciones constitucionales.....	124
4.4. El precedente constitucional como una potestad para crear normas constitucionales.	128
4.5. Los precedentes vinculantes son normas jurídicas que tienen rango constitucional y que al nacer se adscriben a las normas constitucionales directamente estatuidas por el constituyente.....	132

4.6. Establecer la vinculatoriedad de algunas decisiones de un órgano judicial específico no convierte a este órgano en legislador.....	134
4.7. Los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para crear normas.....	137
5. CREACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	139
5.1. Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón.....	140
5.2. Caso Maximiliano Villanueva Valverde.....	145
5.3. Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque.....	147
5.4. Caso César Antonio Baylón Flores.....	153
5.5. Caso Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.....	157
5.6. Caso Alejandro Tarazona Valverde.....	160
5.7. Caso Alfredo de la Cruz Curasma.....	162
5.8. Caso Ernesto Casimiro Hernández.....	166
5.9. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional.....	168
5.10. Caso Consorcio Requena.....	171

Capítulo III

FUNDAMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN RACIONAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: SER O NO SER PRECEDENTE, ESA ES LA CUESTIÓN

1. PREMISA.....	179
2. SIN HECHOS NO HAY PRECEDENTE.....	181
2.1. El significado de las palabras. A propósito del significado convencional de la palabra « <i>precedente</i> » en el mundo del derecho.....	182
2.2. Los hechos del caso concreto como marco esencial para la actividad creativa del juez: la necesidad de ir de lo particular a lo general, de lo concreto a lo abstracto.....	186
2.3. Los hechos del caso concreto como límite para la creación del precedente constitucional.....	190
3. LOS HECHOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA <i>RATIO DECIDENDI</i>	200
4. LOS HECHOS EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE.....	211

5. LOS HECHOS EN LA SUPERACIÓN DEL PRECEDENTE.....	218
6. HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS VI Y VII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	226
6.1. Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente.....	227
6.2. Génesis del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.....	230
6.3. Fundamentos para una nueva interpretación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.....	233
6.4. La importancia de los hechos en la creación, determinación y aplicación del precedente vinculante. Hacia una nueva interpretación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.....	235
CONCLUSIONES	241
BIBLIOGRAFÍA	245



INTRODUCCIÓN

Se afirma sin mayor discusión que el derecho es un sistema de enunciados que correlacionan una solución normativa a un caso concreto. Para que un sistema sea normativo, los enunciados de la base deben contener por lo menos algunos enunciados normativos o normas. Un enunciado normativo forma parte del contenido de un documento normativo, y este último está compuesto por una o más disposiciones normativas. Estas disposiciones para ser correlacionadas con un caso particular necesitan ser interpretadas, pues solo a partir de la realización de esta última actividad el caso será resuelto sobre la base de la norma que resulte de la interpretación.

La interpretación es una actividad consustancial al papel que está llamado a cumplir el juez en un Estado en el que la institucionalidad democrática se construye a partir de la división de los poderes. A través de la interpretación los jueces no solo dinamizan el ordenamiento introduciendo normas generales construidas en la decisión de casos concretos, sino que, además, por medio de la interpretación tienen la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de la ley, expulsarla del ordenamiento; inclusive por medio de las sentencias aditivas y manipulativas pueden alterar el significado de las disposiciones legislativas a fin de hacerlas compatibles con la Constitución. Así, el juez de nuestros días no es o, mejor, no debería ser el juez que pronuncia las palabras de la ley, si por ello se entiende a la actividad jurisdiccional como una actividad mecánica e irreflexiva.

En un contexto como este urge la necesidad de poner límites a la discrecionalidad del juez, ya que es el juez quien decidirá qué significado debe atribuirse a una determinada disposición normativa.

Aquí, emerge la figura del precedente como una herramienta útil para que junto a la Constitución y la ley, delimiten los contornos en los que debe ejercerse el poder jurisdiccional. Pero, ¿cómo podemos acudir al precedente judicial, si esta es una figura extraña a nuestra tradición? ¿Cómo pueden los jueces sentirse vinculados al precedente, si los jueces solo están sujetos a la Constitución y la ley? Probablemente estas son las objeciones más recurrentes a la práctica de seguir decisiones anteriores en ordenamientos en los que no se quiere aceptar el carácter creativo de la función jurisdiccional.

De ahí que, al percatarse que no existía un diálogo abierto en el que se discutiera la inserción del precedente en nuestro sistema jurídico, el legislador entendió que era mejor olvidarse de la puerta e introdujo al precedente por la ventana. A pesar de ello, debemos tener en cuenta que, el precedente en sí, no es ni bueno ni malo; lo que sí puede ser calificado como bueno o malo es el uso que se haga de él.

Con todo, el precedente camina entre nosotros, podemos toparnos con él en muchos lugares, en las páginas de un expediente judicial o de un expediente administrativo, en las páginas de un diario, revista o libro; o podemos escuchar lo que se dice de él en las conferencias, cursos y seminarios, y quizá hasta en la radio y la televisión. Pero, ¿cuándo empleamos la expresión precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano? ¿Es verdad que el precedente es lo que el Tribunal Constitucional dice que es?

Pareciera que, sin mayor dificultad, el Tribunal Constitucional ha logrado imponer, de cierta manera, su concepción del precedente, a tal punto que gran parte de la doctrina nacional construye su discurso sobre el precedente alrededor de lo que ha señalado el alto Tribunal, olvidando con ello que el precedente es una institución cuyas raíces históricas en el derecho la han arropado de un significado del que no se puede prescindir si es que del precedente queremos seguir hablando.

A propósito de esta última afirmación, Lewis Carroll en *Alicia a través del Espejo*, ejemplifica en el diálogo sostenido entre Humpty Dumpty y Alicia, que el entendimiento presupone un lenguaje que atienda a reglas conocidas por los participantes y que se mueva en un universo de significados compartidos.¹

Humpty Dumpty tomó el cuaderno y lo consideró con atención. _«Seme parece que estás bien»_ empezó a decir.

«Pero, ¿si lo está leyendo al revés!» interrumpió Alicia.

«¡Anda! Pues es verdad, ¿quién lo habría dicho?» admitió Humpty Dumpty con jovial ligereza mientras Alicia le daba la vuelta al cuaderno. _«¿a qué yo que me parece a que tenés un aspecto algo rarillo. Pero en fin como estás diciendo seme parece que estás bien hecha la resta... aunque, por supuesto no he tenido tiempo de examinarla detenidamente... pero en todo caso lo que demuestra es que hay trescientos sesenta y cuatro días para recibir regalos de incumplidos»_.

«Desde luego» asintió Alicia.

¹ FLACH, 2014: 56.

«¡Y sólo uno para regalos de cumpleaños! Ya ves. ¡Te has cubierto de gloria!».

«No sé qué es lo que quiere decir con eso de la „gloria“» o servilicia.

Humpty Dumpty sonrió despectivamente. _«Pues claro que no..., y no lo sabrás hasta que te lo diga yo. Quiere decir que ahí te he dado con un argumento que te ha dejado bien aplastada»_.

«Pero „gloria“ no significa „un argumento que deja bien aplastado“» o jetilicia.

«Cuando yo uso una palabra», dijo Humpty Dumpty en un tono bastante desdeñoso, _«ella significa exactamente lo que quiero que signifique: ni más ni menos»_.

«La pregunta es», dijo Alicia, _«si puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes»_.

«La pregunta», dijo Humpty Dumpty, _«es saber quién va a mandar – sólo eso»_.

Alicia se quedó demasiado desconcertada con todo esto para decir nada; de forma que tras un minuto Humpty Dumpty empezó a hablar de nuevo: _«Algunas palabras tienen su genio... particularmente los verbos..., son los más creídos..., con los adjetivos se puede hacer lo que se quiera, pero no con los verbos..., sin embargo, ¡yo me las arreglo para tenérselas tiesas a todos ellos! ¡Impenetrabilidad! Eso es lo que yo siempre digo»_.

«Querria decirme por favor -rogilicia- qué es lo que quiere decir eso ».

«hoy que estás hablando como una niña sensata», aprobó Humpty Dumpty, muy orondo.

«Por impenetrabilidad quiero decir que ya basta de hablar de este tema y que me basta que me dijeras de una vez qué es lo que vas a hacer ahora pues supongo que no vas a estar ahí parada para el resto de tu vida».

«¡Pues no es poco significado para una sola palabra!», comentó pensativamente licia.

En este contexto, asumamos que *Humpty Dumpty* representa al Tribunal Constitucional y *Alicia* a todos nosotros, y que en lugar de la palabra gloria, nuestros personajes dialogan acerca de la expresión «precedente vinculante». Así, dicha expresión tendría el significado que el Tribunal Constitucional le asigne, pues como supremo intérprete de la Constitución está autorizado a imponer sus criterios interpretativos y, solo por eso. Sin embargo, como se pregunta Alicia, el Tribunal Constitucional puede hacer que la expresión «precedente vinculante» tenga un significado contrario al que normalmente le es asignado en el derecho.

El lenguaje del derecho es parte del lenguaje natural, como tal, las palabras en base a las cuales se construyen los enunciados normativos poseen un significado convencional, por ello, cuando usamos el término «constitución», normalmente estamos aludiendo a la norma fundamental de un Estado nacional, o cuando usamos el término «contrato» entendemos que estamos hablando del acuerdo entre dos partes en virtud de la cual se crea una relación jurídica patrimonial.

En este sentido, cuando los jueces, abogados, profesores, entre otros, utilizan la palabra «precedente», usualmente están haciendo referencia a la obligación que tienen los jueces de seguir decisiones anteriores, pero no de toda la decisión, sino únicamente de su *ratio decidendi*. Debido a que entienden que el precedente es una norma general construida a partir de los hechos que configuran el caso concreto para resolverlo, y que es a raíz de la similitud de estos hechos con los hechos del caso posterior que tal norma deviene en aplicable.

Por ello, a fin de racionalizar el proceso de formación del precedente, es necesario que se entienda que *sin hechos no hay precedente* y, al no haber precedente tampoco es posible distinguir entre *ratio decidendi* u *obiter dicta*, menos aún se puede recurrir al *distinguishing*, ya que la técnica de la distinción gira en torno a los hechos del caso precedente y los hechos del caso posterior; igualmente, carece de sentido recurrir al *overruling* para explicar y justificar la anulación y/o superación de aquello que llamamos precedente.

Reivindicando el papel de los hechos del caso concreto en la formación del precedente, es posible interpretar de manera distinta los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, a tal punto que, más allá de la potestad que tiene el Tribunal Constitucional de señalar que sentencias suyas serán consideradas como precedente y de fijar expresamente el extremo vinculante de estas decisiones, ambos dispositivos regulan una misma institución, a saber: el precedente vinculante.

Para tal efecto, en el primer capítulo analizaremos con cierta extensión el significado y los alcances del precedente en la tradición jurídica del *common law*, haciendo especial énfasis en aquellas posturas que resaltan la importancia de los hechos del caso concreto en la formación, aplicación e interpretación del precedente, a efectos de verificar si en el *common law* toda la teoría del precedente gira en torno a los hechos del caso particular y si, efectivamente, sin hechos no hay precedente.

En el segundo capítulo analizaremos críticamente el *modus operandi* del Tribunal Constitucional en la creación y determinación del precedente constitucional, así como la doctrina nacional producida alrededor de dicha práctica. Nuestro punto de partida será analizar la labor que desempeñan los jueces en aquellos ordenamientos donde la Constitución tiene carácter normativo, es susceptible de interpretación y donde

se ha regulado el control de constitucionalidad de leyes. Delimitado el rol del juez como guardián de la Constitución y como su intérprete más autorizado. Sobre esta base, analizaremos la concepción del Tribunal Constitucional acerca del precedente, las posturas que se han ofrecido en la doctrina nacional y, principalmente, algunas decisiones del supremo intérprete de la Constitución. En este último caso podremos advertir cómo es que una mala lectura de la doctrina del precedente en el *common law* ha conducido a la desnaturalización de una institución llamada a curar los males de nuestra justicia.

Finalmente, en el tercer capítulo, ofreceremos algunos fundamentos que nos permitirán reconstruir la racionalidad del precedente constitucional. El punto de partida aquí será hacer hincapié en la importancia de los hechos del caso concreto en la creación, aplicación e interpretación del precedente, esto nos permitirá advertir que la expresión «precedente vinculante» tiene un significado convencional en el derecho, la misma que exterioriza la conexión esencial que existe los hechos y el precedente y, a partir de ello, estaremos en condiciones de afirmar que las normas generales creadas al margen de los hechos del caso concreto no pueden ser denominadas como precedente. Al terminar el capítulo, postulamos una nueva interpretación de los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en la que sostenemos que la única diferencia relevante entre ambos dispositivos es la potestad del Tribunal Constitucional de señalar qué sentencias son precedentes y qué extremo de las mismas son vinculantes.

Sócrates decía *solo sé que nada sé*. Con ello no trataba de decir que no sabía nada, sino lo que intentaba poner de manifiesto era que no se podía saber algo con absoluta certeza, inclusive en los casos en los que creemos estar seguros. Por nuestra parte, después haber estado intentando conocer con cierta profundidad al precedente, podemos afirmar sin mayor reparo que «*del precedente solo sé que nada sé*», y que el trabajo que tienen entre manos más que de certezas está plagado de dudas.



Capítulo I

**EL PRECEDENTE: SU SIGNIFICADO Y
ALCANCES EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL
*COMMON LAW***

SUMARIO: 1. PREMISA.- 2. EL PRECEDENTE EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL *COMMON LAW*. 2.1. EL PRECEDENTE EN EL DERECHO INGLÉS: 2.1.1. Del *case law* a la formación de la doctrina del precedente vinculante. 2.1.2. Los precedentes como razones. 2.1.3. El mito de la presencia invisible de *statutory law*: la supuesta subordinación del *statutory law* frente al precedente. 2.1.4. El grado de vinculación al precedente: a propósito de la estructura jerárquica de los tribunales en el sistema judicial inglés. 2.2. EL PRECEDENTE EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE: 2.2.1. Perspectiva histórica del *stare decisis*. 2.2.2. La actitud de los tribunales norteamericanos frente al precedente: a propósito del grado de vinculación al precedente. 2.2.3. La rigidez del precedente judicial frente a la flexibilidad del precedente constitucional. 2.2.4. La incidencia de la organización judicial norteamericana en el precedente. 2.3. LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE Y LAS CATEGORÍAS QUE INFLUYEN EN LA COMPRESIÓN DE SU SIGNIFICADO Y ALCANCES: 2.3.1. Los modelos del precedente. 2.3.2. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*. 2.3.3. Aplicación del precedente: *distinguishing*. 2.3.4. La superación del precedente: *overruling*.

1.- PREMISA

Se suele decir que cada Estado tiene su propio sistema jurídico. Así, Perú, Alemania, Inglaterra, Estados Unidos y Colombia tienen sus propios sistemas jurídicos con un «conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales».² Esta diversidad de sistemas no excluye la posibilidad de agruparlos a partir de ciertos elementos básicos, pues, «existen en el campo del Derecho, al igual que en las demás ciencias, categorías generales que sobresalen por encima de la gran variedad de los derechos particulares».³

Estos elementos básicos o categorías generales, permiten el agrupamiento de los diversos sistemas jurídicos bajo una misma familia o tradición. Es decir, una familia jurídica es el reflejo de «un conjunto actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuada de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal, relaciona el sistema jurídico con la cultura de la que es una expresión parcial. Pone al sistema jurídico en la perspectiva cultural».⁴

Esta correlación entre el sistema jurídico y la cultura, nos conduce a percibir al sistema jurídico como un cuerpo vivo, que respira, crece, evoluciona, y que es parte de la vida de la población para la cual ha sido instituida.⁵

De la diversidad de familias jurídicas existentes, el *common law* y el *civil law* ocupan, sin lugar a dudas, un lugar preferente, pues estas tradiciones se encuentran en vigor en las naciones más influyentes en la evolución del derecho, y desde allí han sido exportadas a diversos estados del mundo.

El sistema jurídico peruano, es un sistema periférico, o como diría LÓPEZ, un hijo de las familias, cuya misión, al igual que en las familias humanas, es aprender mediante mimesis de sus padres.⁶

² MERRYMAN, 2001: 15.

³ DAVID, 2010: 10.

⁴ MERRYMAN, 2001: 17.

⁵ DAINOW, 1966: 420.

Por ello, aunque sucintamente, es importante describir los rasgos más resaltantes de la familia jurídica del *common law* y del rol que juegan las decisiones judiciales en dicha tradición, pues ha sido en su terruño en el que se ha desarrollado la doctrina del precedente judicial.

2.- EL PRECEDENTE EN LA FAMILIA JURÍDICA DEL *COMMON LAW*

Se suele afirmar que la familia jurídica del *common law* se caracteriza por su continuidad, rasgo que pone en evidencia la evolución histórica de esta tradición marcada por la constancia.

Por ello, ordinariamente se asocia a la tradición jurídica del *common law*, desde sus orígenes así como a lo largo de su desarrollo, con Inglaterra, cuya historia social, económica y política, así como el fundamento de su derecho, se derivan del sistema feudal. Un aspecto de este sistema, nos recuerda DAINOW,⁷ era que los conflictos que se originaban en una determinada localidad eran solucionadas a nivel local, cada región actuaba de manera independiente y sin conocimiento de lo que hacían los demás. Por ello, los derechos y obligaciones de los individuos derivaban de la naturaleza de su situación personal dentro del sistema.

Para hacer frente a esta diversificación, el rey trató de concentrar en un poder central más importante la solución de dichos conflictos, propósito que le generó un grave conflicto con las autoridades locales. Sin embargo, en su calidad de juez soberano y fuente de justicia, a fin de cumplir con su responsabilidad por la preservación de la paz, estableció sus propios tribunales con jueces que iban en circuito por todo el país.⁸

Los tribunales del rey, eran tribunales competentes en ciertos tipos de casos; es decir, no tenían una competencia general. Al principio, como era de esperarse, no fueron bien recibidos. Superada la resistencia inicial, a través de sus decisiones crearon las primeras reglas uniformes, a partir de las cuales se sentaron las bases de la uniformidad en el ordenamiento jurídico, pues se establecieron normas generales que

⁶ LÓPEZ, 2008: 17.

⁷ DAINOW, 1966: 422.

⁸ *Ibid ídem.*

eran comunes en todo el país. Estas reglas eran una forma de *general law* o *common law* para todas las partes del reino, surgiendo de ahí el nombre de *common law*.⁹

El crecimiento y la consolidación del sistema judicial en Inglaterra, fue cronológicamente anterior a la evolución del Parlamento. Al cobrar relevancia la función legislativa, los tribunales debían aplicar la ley creada por el Parlamento. Los estatutos por naturaleza denotaban una invasión en el ámbito del *common law*. De este modo, cada vez que la legislación era directamente aplicable a una situación particular, los tribunales estaban obligados a tomar sus decisiones de conformidad con el texto, pero siempre que se pudiera plantear cualquier interrogante o duda, el estatuto se interpretaba estrechamente para minimizar su injerencia en el *common law*, preservando así un máximo de autoridad en los tribunales.¹⁰

La demanda de soluciones para situaciones duras, la exigencia de establecer nuevos procedimientos que hicieran frente al surgimiento de nuevos problemas, condujo al Rey como autoridad soberana, a delegar en el llamado *Chancellor of the Royal Court* esta función. Con el pasar de tiempo, los denominados *Chancellor of the Royal Court* se convirtieron en *Court of Chancery*, corte que a través de sus decisiones desarrolló un cuerpo sustancial, colateral e independiente del *common law* y los *statute*.¹¹ De esta manera, junto al *common law* y los *statute*, se desarrolló un sistema conocido como *equity*, un sistema aparte y diferente de estos, pero complementario de los mismos.

El *common law* es una tradición legal marcada profundamente por su historia, y esta historia es exclusivamente, hasta el siglo XVIII, la historia del derecho inglés.¹² Por ello, la influencia del *common law* se extendió mayormente hacia todos aquellos países que han estado o están asociados políticamente a Inglaterra, países que, si bien conservaron, en ciertas esferas, sus tradiciones, instituciones y nociones que le son propios, fueron fuertemente influenciados por el derecho inglés. El caso más emblemático, por su importancia, es el de los Estados Unidos.

⁹ *Ibid idem.*

¹⁰ *Ibid idem.*

¹¹ DAINOW, 1966: 422-423.

¹² DAVID, 2010: 239.

El derecho de los Estados Unidos por su estructura pertenece a la familia del *common law*. Es un derecho emparentado con el derecho inglés en cuanto a sus orígenes, pero apartado de él en muchos otros aspectos. No obstante, los ingleses y los norteamericanos comparten una misma concepción del derecho y de su misión; en términos generales, como dice DAVID,¹³ en ambos países se conocen las mismas grandes divisiones del derecho, usan los mismos conceptos, comparten una misma concepción de la norma jurídica. En ambos sistemas, el derecho es uno, principalmente, del tipo *judge-made law*.

Finalmente, los *statutory law* son percibidos por los *lawyers* norteamericanos con recelo, ya que no las consideran como el tipo usual de norma jurídica. Así, estas reglas creadas por el legislador «solo son asimiladas por su sistema jurídico cuando, habiendo sido interpretadas y aplicadas por los tribunales, se hace factible no la remisión concreta a las mismas, sino a las resoluciones judiciales que las han aplicado».¹⁴

En resumen, como dice ITURRALDE,¹⁵ los rasgos definitorios del *common law* son los siguientes:

- 1) El *common law* es un conjunto de principios y prácticas no escritas cuya autoridad no deriva de una fuente de origen legislativo.
- 2) Es un derecho formado por los jueces (*judge-made law*).
- 3) Los tribunales inferiores están obligados a seguir decisiones (*precedentes*) de los tribunales jerárquicamente superiores.
- 4) Los principios del *common law*, provenientes de la antigua costumbre solo pueden ser autorizadamente conocidos (o descubiertos) y aplicados (declarados) en el contexto de los procedimientos judiciales.

¹³ *Ibid*: 317.

¹⁴ MÁRQUEZ, 1994: 24-25.

¹⁵ ITURRALDE, 1995: 16-17.

- 5) El *common law* es preponderantemente práctico, no teórico. En su centro está el *adversary proceeding* en los tribunales; esto es, una confrontación entre dos partes contendientes, cada una haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia.
- 6) Es un derecho no escrito, en la medida que no está codificado.
- 7) Las reglas del *common law* (menos abstractas que las del civil law), son reglas que tratan de dar solución a un proceso, y no reglas generales para el futuro.
- 8) Las reglas acerca de la administración de justicia, el procedimiento, la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales, tienen un interés igual, e incluso superior, a las reglas relativas al fondo.

2.1. EL PRECEDENTE EN EL DERECHO INGLÉS

Una idea subyacente al gran número de investigaciones históricas realizadas para trazar de manera rigurosa el desarrollo de la doctrina del precedente entre la época medieval y la moderna es, que los jueces del *common law* no siempre han recurrido a decisiones judiciales anteriores como fuentes de autoridad.¹⁶

Durante la Edad Media, los *common lawyers* de alguna manera tomaban en cuenta los precedentes. Inscritos en una lista como fuentes de una súplica, los precedentes eran usados por los litigantes y los abogados como apoyo para sus causas. Sin embargo, la noción que se tenía del precedente en los tribunales medievales era muy diferente de la que surgiría con posterioridad. Ocasionalmente, los tribunales medievales seguían e incluso distinguían los precedentes, pero esta práctica no se sostenía en la idea de que un tribunal pudiera estar obligado por una decisión anterior.¹⁷

Ciertamente, los tribunales medievales trataban a los precedentes como evidencia de lo que comúnmente se consideraba que era la ley, pero, al mismo tiempo,

¹⁶ DUXBURY, 2008: 31-32.

¹⁷ *Ibid*: 32.

diferenciaban la ley del precedente, pues señalaban que este no debía ser confundido con aquella.¹⁸

La percepción que se tenía del precedente, comenzó a cambiar en el período temprano de Tudor. Con el resurgimiento del *special verdict* y la creciente tendencia de los jueces a determinar la ley por medio de decisiones sobre mociones y excepciones después del juicio, los jueces sentían una mayor inclinación a considerar las decisiones anteriores como un apoyo, aun cuando no fueran determinantes.¹⁹

Para el siglo XVI, los abogados comenzaban a confiar cada vez más en las compilaciones; precisamente, es en este período que aparecen las recopilaciones de casos en los que se ilustraban las cuestiones de derecho resueltas por los tribunales. Esto, de alguna manera, contribuyó a aumentar la importancia del *case-law* como fuente de autoridad. Un siglo después, los tribunales prestaban más atención a los precedentes de lo que habían hecho hasta entonces, sin llegar a reconocer el carácter vinculante de los mismos. Es decir, se observaba el principio del *stare decisis*, pero no se concebía la idea de que los jueces estuvieran obligados a seguir los precedentes.²⁰

No obstante que se valoraban los precedentes de manera significativa, aún no se llegaba a comprender la doctrina del *stare decisis* como es entendida en la actualidad. Dicha comprensión tardaría en llegar algún tiempo más. Recién en el siglo XVIII, la doctrina moderna del *stare decisis* empieza a tomar la forma que ahora conocemos.

Este breve repaso histórico del surgimiento del precedente, nos conduce a una conclusión muy interesante; el *common law* no necesitó ni necesita de la doctrina del precedente para desarrollarse,²¹ pues el *stare decisis* no es tan antiguo como el *common law*, contrariamente se trata de una idea relativamente nueva en comparación con la edad del *common law*.²²

Por eso, «cualquier identificación entre el sistema del *common law* y la doctrina del precedente, cualquier intento de explicar la naturaleza del *common law* en términos del *stare decisis*, parecerá insatisfactoria, la elaboración de reglas y principios que rigen

¹⁸ *Ibid ídem.*

¹⁹ *Ibid:* 33.

²⁰ *Ibid ídem.*

²¹ *Ibid:* 34.

²² *Vid.* SCHAUER, 2011: 17.

el uso del precedente y su status como autoridad son relativamente modernas, y la idea de que podría haber precedentes vinculantes aún más recientes. El common law había existido durante siglos antes de que nadie estuviera muy entusiasmado con estos asuntos, y sin embargo funcionaba como un sistema de leyes sin tales apoyos como el concepto de *ratio decidendi*, y funcionaba bien». ²³

Llegado a este punto, se puede afirmar que no siempre los jueces del *common law* han seguido decisiones anteriores, menos aún han reconocido el carácter vinculante de los precedentes. Si ello es así, entonces, pese a que la doctrina del precedente se originó y desarrollo en dicha tradición, no es consustancial al *common law*, lo cual quiere decir que el precedente también puede germinar en las tierras del *civil law*; por tanto, apegarnos a la tradición como un fundamento para oponernos a la idea del precedente vinculante en nuestro sistema jurídico, no parece ser una buena opción.

2.1.1. Del *case law* a la formación de la doctrina del precedente vinculante.

La doctrina del precedente es uno de los rasgos más distintivos del moderno *common law*. A lo largo de la evolución histórica de esta tradición legal, el *case-law* condujo a los jueces a seguir las decisiones adoptadas en casos pasados y aplicarlos en la toma de decisiones de nuevos casos. Así, aun cuando los jueces no se sentían obligados a seguir las decisiones pasadas, cuando advertían que el caso que tenían entre sus manos se estructura en base a hechos similares a los que habían dado lugar a una decisión pasada, estos se veían arrastrados por la tendencia a tratar casos similares de la misma manera. ²⁴

Estos hechos históricos, que a veces pasan desapercibidos, nos permiten advertir que, una cosa era la tendencia a seguir casos anteriores en la solución de nuevos casos al tratarse de hechos similares; y otra, muy diferente, el reconocimiento en un sistema jurídico de la obligación de seguir las decisiones adoptadas en casos anteriores. Esto último se produjo en el *common law* con el surgimiento de la doctrina del precedente.

²³ SIMPSON .W.B. “*The Common Law and Legal Theory*” en *Oxford Essays in Jurisprudence* 2nd ser., ed. A. W. B. Simpson (Oxford: Clarendon Press, 1973), 77-99; citado por DUXBURY, 2008: 35.

²⁴ DYER, 2015: 138-139.

Como dice LEE,²⁵ no existe consenso en cuanto al momento en que la idea del precedente obligatorio ganó importancia en el *common law* inglés. No obstante, la mayoría de los historiadores han convenido en que el siglo XVIII y comienzos del siglo XIX marcaron un importante punto de transición, toda vez que los tribunales ingleses comenzaron hablar de la obligación de acatar las decisiones anteriores.

Aun cuando determinar con cierta precisión el momento exacto en el que se produjo la transición de seguir decisiones anteriores sin sentirse obligado a ello, a seguirlas porque existía la obligación de hacerlo, es un debate inconcluso entre los historiadores del *common law*. A pesar de ello, se suele postular que fue William BLACKSTONE, aparentemente, una de las primeras voces autorizadas que habló de la regla del precedente como una obligación general.²⁶

BLACKSTONE concebía a las decisiones judiciales como la evidencia principal y más autorizada que se puede dar de la existencia de una costumbre que forma parte del *common law*. Explicaba que, los jueces del *common law* forjaron la regla de acatar las decisiones anteriores, para mantener la escala de justicia uniforme y estable, y no sujeta a renuncia con la opinión de cada nuevo juez. Es decir, los jueces habían asumido el compromiso de resolver los casos de acuerdo con las leyes y costumbres conocidas, y no según su juicio privado. Pero existía una excepción a esta regla de seguir decisiones anteriores: cuando el precedente era evidentemente contrario a la razón. En este caso, decía BLACKSTONE, los jueces subsiguientes no pretenden hacer una nueva ley, sino reivindicar a la antigua de la tergiversación.²⁷

De este modo, no puede asimilarse el *case-law* con la doctrina del precedente. Mientras el *case-law* está asociado con el seguimiento de decisiones pasadas, aun cuando no sea posible advertir las razones que justifican dichas decisiones, supuesto en el que se recurre a la noción de vinculación del resultado; la doctrina del precedente está ligada con la obligación de seguir la *ratio decidendi* de una decisión anterior.

Es importante observar que la doctrina de *stare decisis* no altera el poder de crear reglas obligatorias. Lo que en realidad altera es el poder de los tribunales posteriores para cambiar la regla vinculante que hizo un tribunal anterior. De ello se

²⁵ LEE, 1999: 661.

²⁶ *Ibid ídem*.

²⁷ SELLERS, 2006: 71.

desprende, que «uno puede tener *case law* en un sistema jurídico sin tener una doctrina de *stare decisis* o, tener una doctrina de *stare decisis* sin tener *case law*». ²⁸ En otros términos, la doctrina de *stare decisis* no necesita ser creada por el *case law*, ya que podría -en principio- ser creado por la legislación (*statute*). Por eso, nos dice GARDNER, que sería un error pensar en el *common law* solo como *case law*, cuando es probable que el *common law* se considere mejor como *case law* combinado con la costumbre judicial relativo a la recepción y el uso del *case law*. ²⁹

De ahí que «la naturaleza fuertemente coercitiva de la doctrina inglesa del precedente proviene de las „reglas del precedente“ que son reglas surgidas en la práctica judicial, y que han sido diseñadas para hacer efectivo el postulado fundamental según el cual el derecho inglés se basa principalmente en el *case law*». ³⁰

Como dicen CROSS y HARRIS, ³¹ el *case law* «está constituido por las reglas y principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones». A partir de esta noción de *case law*, se torna natural que en un sistema jurídico en que el *case law* juega un rol preponderante en su configuración, y en el que el derecho tiene sus orígenes principalmente en la actividad judicial, «el juez que resuelve un caso posterior forzosamente *debe* tener en cuenta los casos anteriores, ya que los mismos no se consideran simples materiales auxiliares que el juez *puede* tener en consideración al dictar la sentencia». ³²

En fin, podemos decir que una cosa es seguir decisiones anteriores con el propósito de tratar casos similares de la misma manera, y otra, la obligación reconocida por el sistema jurídico de seguir la *ratio decidendi* de casos anteriores.

2.1.2. Los precedentes como razones.

Una de las consecuencias, quizá la más importante, del cambio en la estructura del juicio durante el siglo XVI, fue la aparición del *stare decisis*. Este nuevo escenario, como precisa DUXBURY, condujo a los jueces a producir decisiones razonadas en lugar de conducir a las partes hacia un acuerdo. Es decir, antes del cambio, los jueces solían

²⁸ GARDNER, 2008: 74.

²⁹ *Ibid idem*.

³⁰ CROSS y HARRIS, 2012: 23-24.

³¹ *Ibid*: 24.

³² *Ibid idem*.

encaminar a las partes a la búsqueda de una solución amistosa para sus conflictos. Así, mientras esta práctica se dejaba atrás, los jueces con mayor regularidad comenzaron a elaborar decisiones más razonadas. Comenzando así el *case law* adoptar cada vez más la forma de lo que ahora reconocemos como precedente judicial.³³

Dicho de otra manera, la primera y crucial etapa en el desarrollo del *stare decisis* fue que las decisiones judiciales fueron respaldadas por razones. Por ello, dice DUXBURY, parte de la explicación de la autoridad de los precedentes judiciales, es que proporcionan razones para una decisión.³⁴ Esto en la medida en que los jueces valoran al precedente como razones ya hechas que a menudo puede reducir los costos de la toma de decisiones.³⁵

Ciertamente, el *common law* requiere que los jueces defiendan y definan los estándares normativos que se formulan y refinan en el curso de la resolución de disputas legales. Esta exigencia metodológica, se sustenta en la concepción que se tiene de la decisión judicial y su estrecha relación con la razón. Así, la decisión judicial fundamentada «es una forma de discurso público que articula a los litigantes cuyo caso se decide, a los individuos que estarán vinculados precedentemente por ese caso en el futuro, a la gama de actores a quienes la opinión puede ser aplicada de manera análoga, y al gobierno que puede estar obligado constitucionalmente a respetar esa opinión un resultado legal, una regla legal y una razón legal para cada decisión respaldada por un dictamen justificativo».³⁶

Por ello, para la tradición del *common law* no solo el derecho es razón, sino que además, la razón del derecho es moralmente buena. De tal manera que, la justificación de las decisiones de los jueces se consideran dentro de esta tradición como prueba de esta afirmación.³⁷ En otros términos, «la justificación de una norma del *common law* es tan importante como la norma misma, porque en un sentido importante la justificación de la norma del *common law* es la fuente de su autoridad continua».³⁸

³³ DUXBURY, 2008: 25.

³⁴ *Ibid idem.*

³⁵ *Ibid:* 27.

³⁶ EDLIN, 2008: 3.

³⁷ DYZENHAUS y TAGGART, 2008: 134.

³⁸ EDLIN, 2008: 3.

De ahí que «los jueces de *common law* no solo dicen lo que es la ley, ellos explican por qué la ley es así».³⁹ Por medio de estas explicaciones y justificaciones públicas, los jueces demuestran, o intentan demostrar, a la sociedad y al gobierno, las pretensiones de legitimidad y autoridad del derecho. Por todo ello «la autoridad del precedente tiene mucho que ver con el hecho de que los precedentes llegaron a ser entendidos y valorados como fuente de razón, no meramente como decisión, en casos materialmente idénticos».⁴⁰

La comprensión de la autoridad del precedente pasa por apreciar su capacidad para funcionar como un tipo específico de razón.⁴¹ Pues, «el *common law* se basa en una concepción del derecho como experiencia desarrollada por la razón, y la razón probada y desarrollada por la experiencia»,⁴² en la cual se busca «encontrar los fundamentos para una decisión en la experiencia judicial registrada, promoviéndose el requerimiento de la adhesión a las decisiones que abordaron la misma cuestión en el pasado en pos de la estabilidad».⁴³

Recuérdese que, en la solución de problemas típicos en el *common law* el juez no se constreñía a buscar una norma pertinente para luego aplicarla a los hechos del caso a resolver. Es decir, «el modo de razonamiento típicamente empleado no era ni deductivo ni inductivo, sino analógico, argumentando un *similibus ad similia*, de un caso al siguiente sobre la base de las similitudes y diferencias percibidas, y la ubicación del caso presente en el paisaje de la experiencia común pintado por un juez o abogado al mando de todos los recursos del *common law*».⁴⁴

En este contexto, el precedente es visto como una solución racional a un conjunto de cuestiones que se producen en un momento dado y como una contribución significativa para un futuro justo.⁴⁵

Concebir a los precedentes como razones tiene muchas connotaciones teóricas y prácticas; la más importante, sin lugar a dudas, es que de todas las razones que justifican

³⁹ *Ibid idem.*

⁴⁰ DUXBURY, 2008: 57.

⁴¹ *Ibid idem.*

⁴² POUND, 1941: 5.

⁴³ *Ibid idem.*

⁴⁴ POSTEMA, 2003: 4-5.

⁴⁵ DEUTSCH, 1974: 1584.

la decisión, únicamente puede ser seguido la *ratio decidendi*. Es decir, no todo argumento de una sentencia constituye un precedente sino, únicamente, la *ratio decidendi*.

Ahora bien, el precedente es algo que ocurrió hace algún tiempo atrás; en otras palabras, es un evento pasado, que en el derecho es casi siempre una decisión que sirve como una guía para las decisiones futuras.⁴⁶ Por ello, la reconstrucción de la *ratio decidendi* pasa necesariamente por los hechos del caso, debido a que no puede ser reconstruida de manera abstracta y al margen del caso particular.

Finalmente, es importante hacer hincapié en algo más: cuando los tribunales de *common law* deciden un caso, lo hacen pensando en los hechos del mismo, sin llegar a abstracciones que lo alejen del dato fáctico de la cuestión. En otras palabras, la regla creada en un caso responde a los hechos sobre los cuales se emitió la decisión. Y esto es así por cuanto la actividad creativa de los jueces en el *common law*, a pesar de ser vital para la evolución del sistema jurídico, no se confunde con la actividad legislativa propiamente dicha; esta, como sabemos, es ejercida por el Parlamento.

En suma, los tribunales del *common law* tratan los casos anteriores como correctamente decididos sobre sus hechos. Así, surge la necesidad de llegar a una decisión en un caso posterior que sea consistente con la corrección de la decisión anterior.⁴⁷

2.1.3. El mito de la presencia invisible de «statutory law»: la supuesta subordinación del statutory law frente al precedente.

Tradicionalmente, nuestras aproximaciones al *common law* han estado influenciadas por una creencia que suele repetirse de generación en generación. Se dice que el sistema jurídico inglés, en contraposición a un sistema de *civil law*, cuyo derecho está codificado, es un derecho formado por el *case law*. A partir de ello, se afirma que mientras en el *civil law* el derecho es obra del legislador, en el *common law* el derecho es el resultado del trabajo de los jueces.

⁴⁶ Vid. DUXBURY, 2008: 1 y ss.

⁴⁷ LAMOND, 2005: 3.

Aun cuando esta percepción no sea del todo errónea, resulta ser engañosa. Por un lado, sugiere que en los sistemas del *civil law* el derecho se reduce a la ley; es decir, que únicamente es establecida por la legislación, de tal manera que las decisiones de los tribunales, si es que desempeñan alguna función, esta es efímera y residual; por otra parte, sugiere también que en el *common law* todo el derecho se deriva de las decisiones judiciales y que el legislador tendría un papel muy insignificante en la construcción de dicho sistema.⁴⁸ Sin embargo, en todos los sistemas jurídicos del *common law* existe una frondosa legislación y, con el paso del tiempo, el legislador ha intervenido con creciente frecuencia para consolidar, complementar y alterar el derecho creado por el juez. Asimismo la labor creativa del juez se acrecienta a pasos agigantados en el *civil law*, tanto así que resulta insostenible la reducción del derecho a la ley así como el pretendido carácter subsidiario de las decisiones judiciales.

Ahora bien, cuando emergió la doctrina del precedente en los tribunales ingleses, casi todo el derecho consistía en el *customary law*. Así que las modificaciones estatutarias no eran frecuentes e importantes como para sembrar en la conciencia jurídica la duda de si la práctica de seguir precedentes estaba igualmente adaptada a la interpretación de las leyes escritas. Sin embargo, con el correr del tiempo, las reglas creadas por el *statutory law* han superado las del *common law*, en cuanto a la frecuencia con que los tribunales están llamados a aplicarlas, sin que ello haya llegado a plantear la cuestión de si el sistema de precedentes vinculantes es un instrumento apto para la interpretación del *statutory law*.⁴⁹

A pesar de eso, el *customary law*, definido y desarrollado por los tribunales después de la irrupción del derecho creado por el legislador, es aún el fundamento sobre el cual se edifica el *common law*. Es más, todos los *statutes*, grandes y pequeños, no son más que modificaciones del *customary law* y deben interpretarse con un constante respeto a este fundamento subyacente.⁵⁰

De allí que el punto de partida del derecho inglés continúa siendo el *common law*, sin perjuicio de que los jueces ingleses, desde hace mucho tiempo, aceptan que «cuando tiene aplicación, una ley del Parlamento posee la virtud de modificar o incluso

⁴⁸ Cfr. SAUVEPLANNE, 1982.

⁴⁹ BRUNCKEN, 1920: 518.

⁵⁰ *Ibid*: 516.

sustituir el common law, lo que en términos constitucionales es visto como resultado del principio de la soberanía parlamentaria».⁵¹

Más allá de todo esto, no se concibe al derecho creado por el Parlamento como la fuente suprema; por el contrario, «el common law lo precede al configurar el cuerpo normativo que reglamenta un conjunto de hechos en defecto de cualquier otro».⁵² Situar al *common law* como una especie de derecho común acarrea importantes consecuencias para la comprensión de la relación entre el *common law* y el *statute*.

Para WHITTAKER son tres las principales consecuencias que nos ayudan a comprender relación la entre el *common law* y el *statute*:

En primer lugar, el *statutory law* es considerada excepcional; aun cuando las reglas creadas por el Parlamento han afectado un campo ya regulado por el *common law*, y en ocasiones estas reglas han derogado el *common law*, normalmente se limitan a complementar o rectificar uno de sus atributos.⁵³ Ergo, el legislador usualmente recurre a conceptos que solo pueden entenderse con referencia al *common law*.⁵⁴ Pero, en otras oportunidades, una de las razones principales de la intervención legislativa ha sido la necesidad de introducir conceptos o principios nuevos que no se encuentran en el *common law*.⁵⁵

En segundo lugar, la decisión judicial en el *common law* tiene como punto de partida a las decisiones anteriores, en contraposición a los sistemas jurídicos cuya base es legislativa. Los jueces del *common law* no se encuentran frente a un texto único del cual derivar la decisión del caso, sino frente a una pluralidad de decisiones pasadas. Por eso, «el texto de una sentencia se distingue de todo texto legislativo, siendo la decisión judicial por lo regular, discursiva o argumentativa, en la cual se sopesan las consideraciones en pugna identificadas en los casos previos para alcanzar su decisión».⁵⁶ Es más, en aquella rama del derecho donde el *statute* no tenga carácter

⁵¹ WHITTAKER, 2008: 42.

⁵² *Ibid idem*.

⁵³ *Ibid*: 42-43.

⁵⁴ *Ibid*: 43.

⁵⁵ *Ibid idem*.

⁵⁶ *Ibid*: 44.

predominante, las decisiones serán tomadas en base a decisiones anteriores prescindiendo totalmente de un texto legislativo.⁵⁷

En tercer lugar, si bien el *case law*, elaborado por los tribunales ingleses desde los albores de la Edad Media, legitima el rol de los jueces en la evolución del sistema jurídico, también pone de relieve la delicada línea que los jueces ingleses deben evitar traspasar para no inmiscuirse en el dominio del Parlamento.⁵⁸ Por esto, los jueces quieren prevenir que se les acuse de usurpar la función de un legislador democráticamente elegido; quieren evitar pronunciar sentencias que requieran la evaluación de elementos respecto de los cuales son inexpertos o están relativamente desinformados; y quieren eludir tomar decisiones que, aunque puedan parecer generales en los términos en que son expresadas, arriesgan sembrar incertidumbre debido a su fragilidad en manos de tribunales posteriores.⁵⁹ Esta auto restricción de los jueces ingleses se explica en la búsqueda de adecuación de sus atribuciones a lo que es apropiado constitucionalmente, así como, en el afán de construir normas apropiadas de suficiente aliento y fortaleza, que satisfagan la necesidad de certeza jurídica y la búsqueda de la justicia en el caso concreto.⁶⁰

A estas alturas, no existe razón alguna para negar la importancia que el *case law* y la doctrina del *stare decisis* tuvieron en el desarrollo de la faceta moderna *common law*, así como que los precedentes constituyen fuente de derecho en el sistema jurídico inglés.⁶¹ Pero, es importante decirlo, las fuentes en dicho sistema no se agotan en el precedente.

FALCON⁶² distingue las fuentes del derecho inglés en: derecho creado por los jueces (*judge made law*) y derecho legislado (*statutory law*). Así, dentro de las fuentes de origen judicial encontraremos al derecho consuetudinario, al *case law* y a la *equidad*, mientras que la legislación principal, delegada y comunitaria, serán manifestaciones del derecho creado por el legislador.

⁵⁷ *Ibid*: 45.

⁵⁸ *Ibid idem*.

⁵⁹ *Ibid idem*.

⁶⁰ *Ibid idem*.

⁶¹ MARINONI, 2013: 33.

⁶² FALCÓN, 2010: 38 y ss.

a) *Customary law*; el derecho consuetudinario está constituido por aquellas reglas a las que recurrieron los jueces para resolver las cuestiones de su competencia. Estas reglas fueron halladas en las costumbres locales. Sobre la base de su hallazgo, los jueces identificaban qué había de común entre ellas, para así crear un derecho unificado, cuyos efectos se propagarían por todo el territorio.⁶³

El derecho consuetudinario en el *common law* inglés puede comprender tres cosas distintas: la costumbre general, la costumbre mercantil y la costumbre local. La primera suele ser equiparada con el *common law*, la cual fue elaborada por los tribunales reales en base a las costumbres de los antiguos reinos anglosajones. La costumbre mercantil, por su parte, se remonta a la Edad Media, época en la que fue formada sobre las prácticas de los comerciantes y mercaderes, quienes buscaban crear reglas que agilizaran el tráfico comercial. Finalmente, la costumbre local es aquella que se puede alegar ante un tribunal a fin de que se reconozca un derecho que se ha venido ejerciendo por algún tiempo.⁶⁴

b) *Case law*; esta fuente del derecho inglés está integrado por las reglas y principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones.⁶⁵ Es decir, se trata de una clase de derecho creado por los jueces, el cual se encuentra en las decisiones que estos toman cuando deciden los casos que se les presentan.⁶⁶

En un sistema jurídico en el que se reconoce el *case law*, las decisiones anteriores se convierten en parámetros para la toma de decisiones futuras, de tal manera que el juez debe tener en cuenta las decisiones pasadas, ya que estas no son simples materiales auxiliares a tener en consideración al dictar una sentencia.⁶⁷

El *case law*, escribe GARDNER, no es ni derecho legislado ni derecho consuetudinario, ello a pesar de que tiene ciertas características en común con cada uno. Así, por ejemplo, los juicios establecidos y seguidos por los jueces

⁶³ MORINEAU, 2001: 15.

⁶⁴ *Ibid*: 26.

⁶⁵ CROSS y HARRIS, 2012: 24.

⁶⁶ GARDNER, 2008: 67.

⁶⁷ CROSS y HARRIS, 2012: 24.

«toman la forma de textos, que (como el derecho legislado) pueden ser escritos u orales, que pueden expresarse en forma declarativa o (raramente) oraciones imperativas, y que requieren interpretación».⁶⁸

Cuando un juez conoce de una cuestión, antes de emitir su decisión debe considerar las decisiones de otros jueces, formulados en casos anteriores, cuyos hechos guardan cierta similitud con los hechos que conforman su caso. Esta práctica, que se remonta a la invasión normanda del año 1066, con el pasar del tiempo dio lugar al surgimiento de la regla del *stare decisis*, en mérito a la cual se impuso a los jueces la obligación de seguir el precedente.⁶⁹

Justamente, «la vinculación absoluta al precedente sólo fue definitivamente proclamada en 1898, con el caso *London Street Tramways Ltd. v. London Country Council* (A.C., 375), donde precisamente, la House of Lords, supremo órgano judicial de Inglaterra, se consideró obligada a atenerse a sus propias decisiones anteriores, obligación extendida autoritariamente a los tribunales inferiores».⁷⁰

c) *La equity*.- En el siglo XIV, los tribunales reales se vieron abarrotados de demandas, propiciando que no se dieran abasto en la emisión de los *writs* (o autorización real). Estos tribunales funcionaban como una excepción frente a las cortes locales. Para lograr su intervención, los particulares obtenían formatos, que solo debían completar con los datos de su caso. Para paliar el descontento de la población que solía acudir a los tribunales reales en búsqueda de la emisión de los *writs*, se encontró en la *equity* al mejor de los remedios. Es decir, la *equity* nació como un complemento del *common law*, para enmendar situaciones que este último, no alcanzaba resolver.⁷¹

En un inicio, los ciudadanos se dirigían al rey en forma de petición, suplicando que él mismo les dispensara justicia y equidad. Las peticiones se hacían cada vez más numerosas, pues se trataba de una medida eficiente que poco a poco alcanzaba más notoriedad. Ante esta situación, el rey delegó su autoridad al

⁶⁸ GARDNER, 2008: 68.

⁶⁹ MORINEAU, 2001: 24.

⁷⁰ MORETTI, 2000: 30.

⁷¹ MORINEAU, 2003: 10-12.

canciller, quien sería la persona adecuada para resolverlas, ya que no solo era el funcionario más cercano al rey, sino que además, era considerado como el guardián de la conciencia de este. Sin embargo, por lo recargado de esta función, el *canciller* delegó su autoridad a sus subordinados, quienes con el correr del tiempo se convirtieron en los jueces de la *Courts of Chancery*⁷².

Como dice MORINEAU⁷³, la existencia de dos jurisdicciones paralelas, con tribunales distintos, continuó hasta finales del siglo XIX, puesto que en 1873, el Parlamento aprobó la *Judicature Act* que fusionó el *common law* y la *equity*. Así, se creó la Corte Suprema, constituida por divisiones, que absorbieron tanto a los tres tribunales reales (*Court of Exchequer*, *Court of King's Bench* y *Court of Common Pleas*), como a la *Courts of Chancery*.

No obstante, que una de las Divisiones de la Corte Suprema conserva la denominación de *Chancery*, en la *Judicature Act* se dispuso que todos los tribunales pudieran aplicar tanto la *equidad* como el *common law* en cualquier disputa.

De otro lado, se entiende por derecho legislado o *statutory law* al derecho creado consciente y deliberadamente para satisfacer las necesidades sociales a medida que estas surgen. Tales reglas, al decir de BRUNCKEN⁷⁴, representarían una etapa más avanzada del desarrollo del *common law* que el *customary law*, incluso en su forma más refinada, representada por el precedente vinculante.

El *statutory law* históricamente, ha sido considerado en Inglaterra como una excepción al *case law*, pues las leyes solían referirse a los detalles del derecho. Desde la segunda mitad del siglo XIX esto ha cambiado en gran medida. Sin más, la preponderancia del *case law* fue cediendo lugar al vertiginoso avance del derecho legislado. Así, muchas reglas generales formaban parte del contenido de las leyes, especialmente de las denominadas *Consolidation Acts*.⁷⁵

⁷² ICARDI, 1949: 91.

⁷³ MORINEAU, 2003: 14.

⁷⁴ BRUNCKEN, 1920: 522.

⁷⁵ FALCÓN, 2010: 40.

Como se dijo, la legislación principal, delegada y comunitaria son manifestaciones del derecho creado por el legislador.⁷⁶

1) *Legislación principal*; está conformada por las leyes aprobadas por el parlamento, las cuales pueden asumir dos formas: leyes públicas o privadas, las primeras tienen como destinatarios a todos los ciudadanos, mientras que la otra, a un grupo determinado de ellos.

2) *Legislación delegada*; a estas leyes también se las denomina como legislación secundaria, subsidiaria o subordinada. Bajo esta denominación se agrupa a la legislación que no es sancionada por el parlamento, ya que su objeto es desarrollar el contenido de la legislación principal.

La legislación delegada es obra de la rama ejecutiva o del gobierno. En el derecho inglés son diversas las nomenclaturas que puede adoptar, así como «*rule*», «*regulations*», «*orders*», «*by-laws*», «*schemes*» o «*mesures*».

3) *Legislación comunitaria*; son expresiones del derecho comunitario de origen legislativo, los tratados fundacionales de la Comunidad Europea (*legislación primaria*) y los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones u opiniones (*legislación secundaria o derivada*).

Un lugar común en el análisis de las diferencias entre *common law* y el *civil law* por los juristas de nuestra tradición, es que el derecho inglés –y, por consiguiente, también el norteamericano– es un derecho esencialmente jurisprudencial; esto es, un derecho creado por los jueces. Así, se postula que en un sistema donde el derecho gira alrededor del *case law* la legislación debe quedar subordinada a esta; pero la realidad, es totalmente distinta.

De acuerdo con esto, «el precedente está subordinado a la legislación como fuente del Derecho en el sentido de que una ley siempre puede derogar el efecto de una decisión judicial, y en el sentido de que los tribunales están obligados a darle efecto a la legislación una vez verifiquen que la misma fue debidamente promulgada».⁷⁷

⁷⁶ Vid. FALCÓN, 2010: 40-41; DYER, 2015:146.

⁷⁷ CROSS y HARRIS, 2012: 203.

Por esta razón, «cuando se dice que el juez del *Common Law* crea derecho, no se está pensando que su decisión tenga la misma fuerza y calidad que la del producto elaborado por el legislativo, esto es, de la ley. La decisión no se equipara a la ley por el hecho de tener fuerza obligatoria para los demás jueces».⁷⁸

Es más, cuando los jueces crean derecho sin apoyarse en el derecho vigente – *statute y case law*– realizan una actividad, en algún aspecto, similar a la del legislador, pues hacen el derecho *ex novo*. Sin embargo, como anota GARDNER, no están realizando una labor legislativa propiamente dicha debido a que los legisladores no crean derecho *ex novo* aplicando la ley. O sea, los legisladores crean las disposiciones normativas, más no las decisiones judiciales, mientras que los jueces, incluso cuando toman decisiones sin el apoyo del derecho existente, siempre crean derecho mediante la aplicación. Cada vez que hacen *case law*, generan derecho por el acto de aplicar el derecho que ellos mismos producen.⁷⁹

En realidad, los jueces del *common law* conciben su papel como diferente al del legislador,⁸⁰ en efecto, son conscientes que no existe ninguna delegación explícita de la función legislativa –propiamente dicha– en el sistema constitucional.⁸¹ Por ello, si bien los jueces, en virtud de la doctrina del precedente, ejercen una función *de cierta forma* legislativa, al crear reglas generales que servirán como razones para la solución de casos posteriores, también –y es importante no olvidarlo– esta función es modesta y restringida.⁸² De hecho, el objetivo principal de los jueces cuando producen un precedente es decidir la disputa del caso concreto, mas no emitir una regla que los tribunales posteriores puedan identificar y aceptar fácilmente.⁸³

En este sentido, para WALDRON, el objetivo principal de la corte que produjo el precedente era decidir la disputa de acuerdo a derecho, y es este «*conforme a derecho*», lo que es y debe ser el centro de la toma de decisiones de los jueces posteriores. Ergo, los jueces posteriores también tienen que resolver los litigios «*conforme a derecho*», y

⁷⁸ MARINONI, 2013: 37.

⁷⁹ GARDNER, 2008: 67.

⁸⁰ GERHARDT, 2005: 989.

⁸¹ WALDRON, 2012: 24.

⁸² DUXBURY, 2008: 27.

⁸³ *Ibid*: 150.

la norma general articulada como fundamento de la decisión en el primer caso es parte del derecho con el que el segundo caso debe ser adecuadamente abordado.⁸⁴

Debido a esto, el juez del *common law* «al decidir un caso no se pregunta qué regla debe formular, sino cuáles son las reglas y principios que son aplicables al problema que se somete para su solución».⁸⁵ Con todo, una decisión judicial en dicha tradición, al igual que en la nuestra, surge del choque de intereses de los individuos, y este es el antecedente de la decisión.⁸⁶ Es más, en palabras de GOODHART, los casos resueltos solo afectan al derecho en la medida en que crean una práctica o un cuerpo de doctrina; es decir, la práctica de los tribunales no se convierte en una fuente de derecho hasta que sea definitivamente fijada por la repetición de los precedentes que están de acuerdo en un único punto.⁸⁷

Esto quiere decir lo siguiente: lo que hace que «una decisión sea adjudicativa en lugar de una decisión legislativa es que se basa en el derecho existente. Decir que se basa en el derecho existente no significa que se trata simplemente de aplicar el derecho existente, ni que se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas. En su lugar, significa que un tribunal no trabaja desde cero, simplemente teniendo en cuenta los méritos sustantivos de la controversia que tiene ante sí. El marco inicial para la decisión y las consideraciones principales para resolverlo, debe derivarse del derecho».⁸⁸

El método del *common law* consiste en resolver primero el caso y determinar el principio después. Es decir, los jueces desarrollan su actividad creativa en el marco de la solución de un caso concreto. En otras palabras, crean derecho en el contexto de la resolución de casos particulares. Los jueces en esta tradición entienden que las disputas o controversias entre las partes son la plataforma adecuada para la creación del derecho.⁸⁹

La estrecha vinculación entre el caso concreto y la actividad creativa del juez en el *common law* constituye la esencia de la doctrina del precedente judicial, pues a partir de la relación de dependencia que existe entre el caso concreto y la regla creada para su

⁸⁴ WALDRON, 2012: 30.

⁸⁵ MCKEAN, 1928: 486.

⁸⁶ SINCLAIR, 2007: 392.

⁸⁷ GOODHART, 1930a: 174.

⁸⁸ LAMOND, 2014: 586.

⁸⁹ SCHAUER, 2006: 883-884.

solución, se puede vincular a los tribunales posteriores a fin de que en casos similares apliquen la misma regla en la toma de sus decisiones.

En términos más sencillos, es a partir de los hechos que configuran el caso concreto que los jueces construyen la norma general para resolverlo, y es con ocasión de la similitud de estos hechos con los hechos del caso presente que tal norma deviene en aplicable.

En conclusión, es cierto que los jueces del *common law* tienen poder para crear derecho, pero de ningún modo este poder los autoriza a crearlo de forma similar a la legislación;⁹⁰ pues, la toma de decisiones judiciales es muy distinta de la actividad propiamente legislativa.

2.1.4. El grado de vinculación al precedente: a propósito de la estructura jerárquica de los tribunales en el sistema judicial inglés.

Se suele afirmar que «una decisión judicial tiene dos funciones en el sistema del *common law*. El primero, que no es, por cierto, peculiar del *common law*, es definir y disponer de la controversia ante el tri una l... Si el tribunal descubre o crea el derecho que aplica, su resolución de la controversia tiene un impacto que se extiende más allá de las partes ante él. Esto se debe a que la segunda función de una decisión judicial, y que es característica del *common law*, es que establece un precedente para que un caso similar que surja en el futuro probablemente se decida de la misma manera. Esta doctrina es a menudo llamada por su nombre latino *stare decisis*...».⁹¹

Realmente, las decisiones judiciales desempeñan dos funciones principales en el *common law*: en primer lugar, resuelven la controversia inmediata entre las partes y, en segundo lugar, aportan algunas orientaciones para las futuras conductas.⁹²

A partir de ello, se solía entender que «la doctrina del *stare decisis*, además de cualquier cosa que pueda imponerle al intelecto, evoca cierta atmósfera y un estado de

⁹⁰ SHANNON, 2006: 690; LAMOND, 2005: 25, para quien «la doctrina del precedente opera sin dar a los tribunales poder legislativo. Lo que la doctrina hace es esto: requiere que los tribunales posteriores traten las decisiones anteriores de ciertos tribunales como correctamente decididos. No confiere a los tribunales anteriores la facultad establecer normas jurídicas, ni para los casos que se le han sometido ni para otros asuntos que se decidan en el futuro».

⁹¹ FARNSWORTH, 1996: 50–51.

⁹² LEDERMAN, 1999: 227.

ánimo para acatar las decisiones antiguas, seguir las viejas costumbres y ajustarse a los precedentes existentes. Sugiere una condición de reposo, incluso de estancamiento, un sistema de derecho cuyo contenido está más o menos resuelto, el pasado contenido en decisiones pasadas, y el contenido presente y futuro porque también ellos están controlados por esas decisiones pasadas. Implica la estabilidad del sistema jurídico a lo largo de la corriente del tiempo, que a pesar de todos los vastos cambios sociales, económicos y tecnológicos en los últimos ocho o novecientos años, la sociedad permanece sin embargo en cierto sentido bajo el gobierno del mismo sistema de leyes». ⁹³

En sus orígenes, el precedente anglosajón era concebido como un mandato inexorable. Así, la *House of Lords* se encontraba absolutamente vinculada a sus propias decisiones, y cada tribunal estaba plenamente vinculado a las decisiones de todos los tribunales superiores. ⁹⁴ Esta formulación rígida de la doctrina del precedente constituyó una red de acero que envolvía al sistema en su conjunto y a cada tribunal en el desarrollo cotidiano de sus funciones ⁹⁵.

De este modo, se entiende que los precedentes de los tribunales superiores son vinculantes no solo para ellos mismos, sino también para todos los tribunales jerárquicamente inferiores. ⁹⁶

Ahora, no es que los jueces del *common law* se sientan a menudo obligados, sino que están obligados a seguir precedentes. ⁹⁷ Precisamente este rasgo es lo que distingue al *stare decisis* del *case law*. De manera que los jueces se encuentran obligados a responder frente a la misma pregunta de la misma manera como antes otros la han contestado, aun cuando preferirían responder de manera diferente. ⁹⁸ Es decir, una de las limitaciones que impone el precedente es la obligación de seguir las decisiones anteriores porque existen y no porque se perciba su corrección. ⁹⁹ Pero la aplicación del

⁹³ STONE, 1959: 598.

⁹⁴ HANNA, 1957: 371-372.

⁹⁵ MORETTI, 2000: 29-30.

⁹⁶ MORINEAU, 2001: 24; CROSS y HARRIS, 2012: 123: “1) todos los tribunales están obligados a seguir y a aplicar los precedentes emanados de cualquiera de los tribunales que le sean superiores, y 2) todos aquellos tribunales que tengan competencia para resolver recursos de apelación (además de la Cámara de los Lores) están vinculadas por sus propias decisiones previas”.

⁹⁷ DUXBURY, 2008:13.

⁹⁸ SCHAUER, 2008: 455.

⁹⁹ *Ibid idem*.

precedente es a menudo aceptado por los jueces como una forma adecuada para tomar decisiones.¹⁰⁰

Como dice FARBER «la adhesión al precedente no significa simplemente negarse a anular decisiones anteriores, sino tomar en serio las decisiones pasadas como punto de partida para el análisis en casos futuros».¹⁰¹ Por ello, decir que los jueces tienen la obligación de seguir sus decisiones anteriores –o la de los tribunales que le son jerárquicamente superiores– no expresa otra cosa más que decir que están obligados a tratar una decisión previa sobre alguna cuestión como una razón para decidir de la misma manera.¹⁰² Es más, aun cuando los jueces del *common law* no son sancionados por no seguir el precedente,¹⁰³ estos rehúsan apartarse de él porque consideran que cualquier cambio es mejor dejárselo al Parlamento.¹⁰⁴

La rigidez del precedente en el *common law* inglés, entendido como la imposibilidad de la *House of Lords* de apartarse de sus propias decisiones, llegó a su fin con la declaración de la *Practice Statement*, la cual fue anunciada el 26 de julio del año 1966 por Lord Gardiner LC, en los siguientes términos:

Sus Señorías consideran que el uso del precedente es un fundamento indispensable para decidir cuál es la ley y su aplicación a los casos individuales. Proporciona al menos cierto grado de certeza sobre la cual los individuos pueden confiar en la conducción de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de las normas legales.

Sin embargo, sus Señorías reconocen que una adhesión demasiado rígida a precedentes puede conducir a la injusticia en un caso particular y también restringir indebidamente el desarrollo adecuado de la ley. Por lo tanto, proponen modificar su práctica actual y, al tratar las anteriores decisiones de esta Cámara como normalmente obligatorias, apartarse de una decisión anterior cuando se considere oportuno hacerlo.

A este respecto, tendrán en cuenta el peligro de perturbar retroactivamente la base sobre la que se han celebrado contratos, asentamientos de bienes y arreglos fiscales y también la necesidad especial de certeza jurídica penal.

Este anuncio no pretende afectar el uso de precedentes en otros lugares que en esta Cámara.

Antes que la *Practice Statement* fuera anunciada, se entendía en el derecho inglés que: i) cada tribunal estaba obligado, en absoluto, por las decisiones de todos los tribunales superiores a sí mismos; ii) la *House of Lords* estaba absolutamente obligada por sus propias decisiones; iii) el tribunal de apelaciones estaba absolutamente obligado

¹⁰⁰ GERHARDT, 2005: 990.

¹⁰¹ FARBER, 2006: 1183.

¹⁰² SCHAUER, 2007: 385.

¹⁰³ DUXBURY, 2008: 14.

¹⁰⁴ LEE, 2011: 2.

por sus propias decisiones.¹⁰⁵ Tras el anuncio, la *House of Lords* admitió la posibilidad de apartarse de sus propias decisiones anteriores.

James LEE realiza tres observaciones muy importantes a la *Practice Statement*. En primer lugar, señala que es sumamente significativo que la Cámara modifique su práctica actual y adopte la capacidad de apartarse de decisiones anteriores. En segundo lugar, anota que el poder de apartarse de una decisión anterior debe ejercerse cuando parezca correcto hacerlo, toda vez que, a primera vista, se trataría de un poder muy amplio. Sin embargo –y este es el tercer punto de sus observaciones– el reconocimiento del poder de apartarse reposa expresamente en el contexto del precedente como fundamento indispensable para la toma de decisiones judiciales, la afirmación del respeto a la certeza y los peligros de perturbar los acuerdos existentes.¹⁰⁶ De ahí que, la *Practice Statement* no equivale a la afirmación de que la *House of Lords* no está obligada a seguir sus propias decisiones.¹⁰⁷

Por ello, no es raro encontrar declaraciones como la efectuada por el juez PARK en *Mirehouse vs. Rennel*, caso en el cual afirmó:

Nuestro sistema de common law consiste en aplicar a los nuevos supuestos las reglas de derecho que nosotros, jueces derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y certeza del derecho debemos aplicar estas reglas, con tal que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos posibilidad alguna de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógica prefiriendo otras no consagradas nunca judicialmente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas y ajustadas como deseáramos. Considero de extrema importancia mantener este canon absolutamente firme, no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico.¹⁰⁸

Como dice MORETTI, en esta afirmación del juez Park se resumen sustancialmente los elementos que componen la doctrina del precedente judicial en el sistema jurídico inglés, puesto que los jueces anglosajones saben que reconocer el «carácter autoritario del precedente facilita la coherencia e imparcialidad en la toma de decisiones; pues cuando los encargados de la toma de decisiones tratan los precedentes

¹⁰⁵ GOODHART, 1930a: 175.

¹⁰⁶ LEE, 2011: 5.

¹⁰⁷ DUXBURY, 2008: 146.

¹⁰⁸ MORETTI, 2000: 29.

como restricciones aumenta la probabilidad de que casos similares sean tratados de la misma manera».¹⁰⁹

Ahora bien, el carácter vinculante del precedente está estrechamente asociado a la estructura jerárquica del sistema judicial inglés, de tal manera que la fuerza vinculante de la decisión anterior dependerá de la ubicación del órgano que lo dicta en la jerarquía de los tribunales.¹¹⁰ Recuérdese que en la doctrina inglesa del precedente: i) todos los tribunales están obligados a seguir y aplicar los precedentes emanados de cualquiera de los tribunales que le sean superiores; y, ii) todos aquellos tribunales que tengan competencia para resolver las apelaciones están obligados a seguir sus propios precedentes.¹¹¹

La estructura del sistema judicial inglés y la jerarquía de sus tribunales es la siguiente:

a) *La Supreme Court*; este tribunal se encuentra a la cabeza del sistema judicial inglés. Su antecesora era la *House of Lord*. En materia civil, su competencia como último tribunal de apelación comprende a todo el Reino Unido; en materia penal conoce de apelaciones provenientes de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

b) *Court of Appeal*; es un tribunal de apelación, cuya competencia ha sido extendida por la *Criminal Appeal Act* de 1996, por lo que puede conocer apelaciones en materia civil y penal.

c) *High Court of Justice*; dividida en tres salas (*Queen's Bench Division*, *Chancery Division* y la *Family Division*), tiene competencia limitada en materia de apelaciones y, eventualmente, para conocer determinados asuntos especiales como primera instancia.

d) *Crown Court*; es competente para conocer en primera instancia los delitos de mayor gravedad. Conoce también las apelaciones contra las condenas y sentencias de la *magistrates' court*.

¹⁰⁹ DUXBURY, 2008: 24-25.

¹¹⁰ MORETTI, 2000: 31.

¹¹¹ *Vid.* CROSS y HARRIS, 2012: 25-26

e) *County Courts*.- su jurisdicción es muy amplia ya que puede conocer la mayoría de los casos en materia civil.

f) *Magistrates' Court*.- los *magistrate* y los *district judges* son competentes para conocer en primera instancia la mayoría de los delitos y conocen algunos asuntos en materia civil y de familia.

Junto a estos tribunales, habría que enumerarse a los *tribunales de jurisdicción especial*, como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, además de:

i) *Employment Appeal Tribunal*; este tribunal tiene competencia para conocer las apelaciones contra las decisiones de los Tribunales de Empleo.

ii) *Employment Tribunal*; conoce las reclamaciones sobre asuntos relacionados con el empleo.

iii) *Upper Tribunal*.- su jurisdicción comprende las apelaciones contra las decisiones del Tribunal de Primera Instancia.

iv) *First-tier Tribunal*.- los jueces de este tribunal conocen las apelaciones de las decisiones de la agencia ejecutiva.

La estructura jerárquica del sistema judicial inglés tiene importantes consecuencias prácticas en la doctrina del precedente, pues a partir de ella se entiende que las decisiones de la *Supreme Court* –antes *House of Lord*– son obligatorias para todos los tribunales, incluso para la propia *Supreme Court*, órgano jurisdiccional que después de haber estado rígidamente vinculado a sus decisiones anteriores, a partir de 1966 puede apartarse de ellas, e inclusive anularlas.¹¹²

La *Court of Appeal* está vinculada por las decisiones de la *Supreme Court*; asimismo, se encuentra vinculada a sus propias decisiones, salvo: a) cuando existan dos decisiones en conflicto, b) su decisión no pueda coexistir con una de la *Supreme Court* y, c) exista el convencimiento de que la decisión fue tomada *per incuriam*.¹¹³

¹¹² ITURRALDE, 1995: 49.

¹¹³ *Ibid*: 53-55.

Los jueces de la *High Court* están vinculados por las decisiones de la *Supreme Court* y de la *Court of Appeal*. Sus decisiones son obligatorias para los tribunales inferiores, pero no para otro juez de la *High Court*.¹¹⁴

Las decisiones de la *County Court*, *Magistrates' Court* y *Crown Court* no son obligatorios para ningún tribunal, ello aun cuando normalmente estos jueces son coherentes con sus decisiones anteriores. Estos tribunales se encuentran vinculados por las decisiones de la *Supreme Court* y de la *Court of Appeal*.¹¹⁵

2.2. EL PRECEDENTE EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Desde que los ingleses se asientan en los Estados Unidos, los monarcas británicos empezaron a fomentar la emigración hacia su nueva colonia. Se ofrecía a los colonos las mismas libertades, franquicias e inmunidades que disfrutarían si hubieran permanecido en Inglaterra. Sin embargo, con el correr del tiempo, este ofrecimiento se fue disipando durante el período colonial y la práctica del gobierno británico fue dejar de lado sus promesas, las cuales continuaban siendo importantes para los estadounidenses. Así, las pretensiones de los colonos sobre los derechos del *common law* fueron justificando su creciente antagonismo hacia sus amos coloniales. Tanto así, que uno de los postulados en los que justificaron su declaración de independencia fue la defensa «*the free System of English Laws*». Cuando los nuevos Estados independientes establecieron sus Constituciones escritas, se apresuraron a reafirmar el *common law* de Inglaterra tal como existía en el momento de su separación.¹¹⁶

Ahora, no es que la divergencia entre la concepción inglesa y americana del *common law*, haya surgido recién con su separación en 1776, sino que esta preexistía a dicho acontecimiento. En efecto, cuando los estadounidenses intentaban usar la ley y los precedentes para restringir el poder gubernamental, los funcionarios británicos negaban sus pretensiones. De este modo, mientras los colonos americanos abrazaban los argumentos de los jueces y abogados de Inglaterra del siglo XVII contra la corona, los

¹¹⁴ *Ibid*: 64-65.

¹¹⁵ *Ibid*: 66-67.

¹¹⁶ SELLERS, 2006: 69.

funcionarios británicos hacían eco de los argumentos cada vez más autoritarios de sus monarcas.¹¹⁷

Esto condujo, como reseña SELLERS, a que los estadounidenses conservaran una concepción anterior del *common law*, la misma que fue articulada por Sir Edward Coke en sus *Institutes of the Laws of England* (1628-1644). Por su parte, los ingleses se aproximaban cada vez más hacia las ideas de Thomas HOBBS, expresadas en su *Leviatán* (1651), las cuales eran propagadas por su discípulo Jeremy BENTHAM, quien concebía a la ley como un «mandato» (*command*) dirigido a un individuo que estaba obligado a obedecer.¹¹⁸

La concepción de la ley como un «mandato» –a decir de SELLERS– empujó al derecho inglés a considerar el precedente como una forma de legislación judicial, mientras que los jueces estadounidenses continuaron sintiéndose obligados a descubrir y respetar el *common law* a través de la razón y el precedente judicial, en lugar de hacerlo ellos mismos.¹¹⁹

La incidencia de BLACKSTONE en el *common law* norteamericano se deja sentir en la concepción del precedente. Recuérdese que este concebía a las decisiones judiciales como la evidencia principal y más autorizada que se puede dar de la existencia de una costumbre que forma parte del *common law*. Explicaba que los jueces del *common law* forjaron la regla de acatar las decisiones anteriores para mantener la escala de justicia uniforme y estable y no sujeta a renuncia con la opinión de cada nuevo juez. Es decir, los jueces habían asumido el compromiso de resolver los casos de acuerdo con las leyes y costumbres conocidas, y no según su juicio privado. Empero, existía una excepción a esta regla de seguir decisiones anteriores: cuando el precedente era evidentemente contrario a la razón. En este caso, decía BLACKSTONE, los jueces subsiguientes no pretenden hacer una nueva ley, sino reivindicar la antigua de la tergiversación.¹²⁰

¹¹⁷ *Ibid*: 69-70.

¹¹⁸ *Ibid ídem*.

¹¹⁹ *Ibid*: 71.

¹²⁰ *Ibid ídem*.

Influenciados por BLACKSTONE, los estadounidenses asumieron que los precedentes y las reglas deben ser seguidos, a menos que sea absurdo o injusto.¹²¹ «Esta actitud de los antiguos norteamericanos, insistiendo en la santidad de los precedentes en general como encarnaciones de la razón y la experiencia, pero evitando una doctrina demasiado rígida de *stare decisis* en casos particulares, persistió hasta el siglo XIX, a medida que el common law británico se volvió cada vez más rígido y formalista, bajo la influencia de Jeremy Bentham y sus discípulos».¹²²

2.2.1. Perspectiva histórica del *stare decisis*.

La revisión de la historia del precedente ha demostrado que se suele confundir la doctrina del precedente con el *stare decisis*, aunque no son enteramente iguales. Con la locución *stare decisis* se hace referencia, en sentido estricto, al grado en que los tribunales están obligados por precedentes anteriores. Es decir, el *stare decisis* demanda una adhesión estricta a la doctrina del precedente, siendo esta una característica del período legal formalista predominante en la última parte del siglo XIX.¹²³

Justamente a partir de esta distinción, la adhesión al precedente es concebida como la mejor actitud que puede adoptar un juez frente a un caso ya que, en el mayor número de asuntos, al punto que tal adhesión es más importante que la norma jurídica aplicable. En otros términos, la obligación de seguir el precedente no es una orden inexorable, es un principio de política jurisdiccional y no una fórmula mecánica de adhesión a las decisiones anteriores.¹²⁴

Para la Corte Suprema de los Estados Unidos el *stare decisis* puede operar como: i) doctrina y ii) metadoctrina. En el primer caso, se hace alusión a la doctrina de la Corte Suprema sobre el *stare decisis*; es decir, a los precedentes que establecen las reglas sobre cuándo se debe seguir un precedente. En el segundo caso, el *stare decisis* funciona como una presunción a favor de la adhesión al precedente; dicha presunción es metadoctrinal porque proporciona un argumento genérico contra la superación del

¹²¹ *Ibid idem.*

¹²² *Ibid:* 69-72.

¹²³ PRICE, 2000: 105.

¹²⁴ SELLERS, 2006: 78.

precedente, la misma que será aplicada independientemente del contexto de un caso concreto.¹²⁵

A efectos de comprender la operatividad del *stare decisis* como doctrina y metadoctrina, es importante tener en cuenta que, no existe en la Constitución de los Estados Unidos referencia alguna al *stare decisis*; ello quiere decir, que no se cuenta con regulación expresa acerca de cuándo el *stare decisis* debe ser respetado. Por ese motivo se sostenía que si la Constitución no contempla una norma de *stare decisis* ni autoriza de forma exclusiva al Poder Judicial Federal para establecer una norma de este tipo, entonces no hay ningún impedimento constitucional para que vía legislación se desplace o modifique el *stare decisis*.¹²⁶ Sin embargo, se reconocía la necesidad de limitar el arbitrio de los jueces.

En virtud de ello, se pensaba que «para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten».¹²⁷ En este contexto, el desarrollo de una doctrina judicial del *stare decisis* era casi inevitable.¹²⁸

A principios del siglo XX, las opiniones de la Corte Suprema aludían al *stare decisis* como una máxima o principio, cuyo peso abstracto influenciaba en la práctica de seguir decisiones pasadas. Sin embargo, esta percepción no respondía a los pronunciamientos de la aludida Corte sino que su significado y autoridad se derivaban de la tradición del *common law*, contrariamente a lo que sucedería en nuestros días.¹²⁹

El *stare decisis*, precisa HELLMAN, es y ha sido una doctrina carente de normas que establezcan criterios claros o útiles acerca de cuándo una antigua decisión puede ser abandonada. Por el contrario, «la doctrina se asemeja a una constelación de valores que se supone que los jueces tienen en cuenta para determinar si un caso erróneo anterior puede ser invalidado».¹³⁰

¹²⁵ STARGER, 2013: 19-20.

¹²⁶ Paulsen citado por FALLON, 2001: 571.

¹²⁷ HAMILTON, 2010: 335.

¹²⁸ STARGER, 2013: 20.

¹²⁹ *Ibid ídem*.

¹³⁰ HELLMAN, 1995: 1109-1110.

Uno de los convencionalismos más recurrentes en el derecho norteamericano, reconoce que en la práctica de la Corte Suprema existe una presunción refutable contra la anulación de sus decisiones pasadas. Es decir, se sostiene que la demostración del error no es suficiente para justificar la anulación de una decisión anterior.¹³¹

En este sentido, en el ámbito de la interpretación estatutaria, la Corte ha reafirmado su adhesión a los precedentes, aun de aquellos que considere incorrectos, a menos que sean probadamente impracticables, hayan sido superados por el desarrollo de la doctrina judicial y la legislación o porque constituyan obstáculos directos a la realización de objetivos importantes incorporados en otras leyes o están causando otros problemas. En otras palabras, una decisión de anular y/o revocar debe descansar en alguna razón especial más allá de la creencia de que un caso anterior fue erróneamente decidido.¹³²

Ahora bien, tradicionalmente la protección de la confianza, así como la estable y consistente administración del derecho, ha sido el propósito de la doctrina del *stare decisis*. Pues se entendía que esta «promueve la toma de decisión ordenada y sirve al objetivo de aplicación imparcial, consistente y previsible de las normas legales».¹³³ Por ello, no era suficiente la mera calificación de errónea de una decisión anterior para ser anulada y/o superada. Se exigía que además se determinara: i) si hubo una dependencia sustancial de la antigua regla; ii) si su inaplicabilidad ha sido debidamente corroborada, iii) si ha devenido en un anacronismo a consecuencia de la legislación, y iv) cuando las circunstancias que la justificaban han cambiado.¹³⁴

HELLMAN precisa que «el enfoque tradicional, sin duda, domina los casos más antiguos del *stare decisis*, pero también se sigue utilizando hoy en día. El enfoque prudencial sólo está emergiendo». De ahí que, el análisis del *stare decisis*, en el que participan muchos jueces, sigue dependiendo de factores tradicionales.¹³⁵

Por eso, «el uso del precedente por los tribunales en los Estados Unidos de América debe ser visto como una tradición o una práctica, más que como una doctrina legal en el sentido más estricto de la palabra, porque está tan profundamente arraigada

¹³¹ NELSON, 2001: 1-2.

¹³² *Ibid idem*.

¹³³ HELLMAN, 1991: 112-113.

¹³⁴ *Ibid idem*.

¹³⁵ *Ibid*: 113.

en la cultura de la profesión legal y en la Judicial que se lleva a cabo sin mucha reflexión por parte de los jueces». ¹³⁶

De ahí que, como subraya FARBER, hablar hoy del *stare decisis* sin mencionar *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* es como la presentación de Hamlet sin Hamlet, o, alguno podría decir, Harry Potter sin el malvado Voldemort. Y es que *Planned Parenthood* es por lejos la aplicación más notable y controvertida de la doctrina del *stare decisis* en los últimos años. ¹³⁷ Pero, antes debemos detenernos en *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Company*, un caso igual de importante para la comprensión de la doctrina del *stare decisis* en el derecho norteamericano.

En el caso *Burnet* se discutían los intentos del gobierno federal de cobrar impuestos contra la *Coronado Oil & Gas Company*; esta corporación privada que había derivado todos sus ingresos de los campos de petróleo que arrendó del Estado de Oklahoma, reclamaba la exención del impuesto sobre la renta federal aduciendo que su arrendamiento lo convertía en un instrumento del Estado. Esta tesis fue acogida por cinco magistrados de la Corte.

Así, el juez MCREYNOLDS, en su opinión para la mayoría, invocó el precedente sentando en el año 1922, en el caso *Gillespie v. Oklahoma*, y argumentó que «la presente demanda de exención no puede distinguirse de la presentada en Gillespie», por lo que la Corte debía «adherirse a la regla allí aprobada». Pero, el caso *Burnet* no sobresale por la decisión adoptada por la mayoría sino por la opinión discordante del juez BRANDEIS.

BRANDEIS sostenía que «bajo la vigencia de *Gillespie v. Oklahoma*, los inmensos ingresos privados están recibiendo inmunidad de los impuestos estatales y federales. Ahora debe ser francamente anulado». El *stare decisis*, decía BRANDEIS, «no es como la regla de la cosa juzgada, un mandato inexorable universal». A partir de esta premisa BRANDEIS analiza la doctrina del *stare decisis* considerando que esta doctrina suele ser una política sabia, porque en la mayoría de los asuntos es más importante que la regla de derecho aplicable sea resuelta a que se resuelva correctamente; ello incluso cuando el error es motivo de grave preocupación, siempre que la corrección pueda ser

¹³⁶ SELLERS, 2006: 86.

¹³⁷ FARBER, 2006: 1194.

adoptada por la legislación. Es decir, para BRANDEIS, la estabilidad en la toma de decisiones judiciales era tan crítica que la carga de corregir los malos precedentes debía recaer normalmente en la legislatura. Sin embargo, la toma de decisiones constitucionales de la Corte exigía una excepción a la presunción general en favor de *stare decisis*, por lo que la Corte no debía vacilar en superar los preceptos que contradicen la experiencia o la buena razón.

La adhesión al *stare decisis* –argumentaba BRANDEIS– no es aconsejable cuando el precedente impugnado se basa en determinaciones fácticas influenciadas por opiniones imperantes sobre política económica o social que han sido abandonadas desde entonces. Esto condujo a BRANDEIS a sostener que el precedente sentado en el caso *Gillespie v. Oklahoma* debía ser anulado al estar basado en un juicio fáctico equivocado, consistente en que gravar las ganancias de un arrendamiento de una compañía privada interferiría sustancialmente con las funciones del gobierno estatal.

Ya en *Planned Parenthood* se discutía la constitucionalidad de una ley de Pennsylvania en la que se impuso a las mujeres que buscaban practicarse un aborto una serie de obligaciones, las cuales eran eximidas en caso de una emergencia médica. Para entonces, se consideraba que una ley es inválida si su propósito es colocar una carga indebida en el camino de una mujer que busca un aborto en una etapa de su embarazo antes de que el feto alcance la viabilidad. Esta regla, por cierto, había sido sentada en el famoso caso *Roe vs. Wade*. En este contexto, la cuestión era si el precedente *Roe vs. Wade* debía ser revocado, lo cual fue rechazado por la Corte Suprema; no obstante, decidió cambiar la estructura metodológica de *Roe vs. Wade* para evaluar si las leyes particulares que gravan el derecho de una mujer a un aborto equivalen a violaciones constitucionales.

En este caso, se decidió proteger principalmente el derecho a un aborto, al tiempo que se reconoció el interés del Estado en la salud de la mujer y en la vida fetal. La Corte rechazó el marco trimestral establecido en *Roe v. Wade*, afirmando que era demasiado rígido y, en ocasiones, contradecía el ejercicio de los poderes del Estado. La Corte adoptó una norma de «carga indebida», que existe si el propósito o efecto del Estado es colocar obstáculos sustanciales en el camino de una mujer que busca un aborto antes de la viabilidad. La Corte definió la viabilidad como cuando existe una posibilidad realista de mantener y nutrir la vida fuera del útero. Utilizando el criterio de

«carga indebida», la Corte confirmó el consentimiento informado, el consentimiento de los padres, la custodia y las disposiciones de emergencia médica de la ley de Pennsylvania, invalidando el requisito de notificación del cónyuge de la ley.

La Juez O'CONNOR, para la mayoría, escribió que el marco trimestral nunca fue pensado para ser la esencia de *Roe v. Wade*. La esencia de este caso –escribía– fue que el derecho de una mujer a tener un aborto es fundamental.

En opinión disidente, el Juez REHNQUIST señalaba que no podía ignorarse el hecho de que la decisión de una mujer de abortar implicaba necesariamente a un feto, es decir, ella no se encuentra aislada en su embarazo. Aunado a ello –decía– las tradiciones históricas no apoyan la afirmación de que el derecho a un aborto es fundamental. Por eso entendía que era incorrecto decir que una ley que interfiere con tal derecho debe ser capaz de resistir un escrutinio estricto; de modo tal que, la cuestión que realmente los ocupaba consistía en si las disposiciones de la Ley estaban racionalmente relacionadas con un interés gubernamental legítimo. En la misma línea, el Juez SCALIA resaltaba que el derecho de una mujer a tener un aborto no es una libertad protegida por la Constitución de los Estados Unidos, pues la Constitución no dice nada al respecto y las tradiciones de la historia americana han permitido que sea legalmente proscrita.

En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos, pese a que los hechos del caso sugerían la invalidación del precedente sentado en el *caso Roe vs. Wade*, mayoritariamente los miembros de la Corte declinaron de hacerlo. Así, los jueces O'Connor, Kennedy y Souter argumentaron que la fuerza del *stare decisis* los obligó a aceptar *Roe v. Wade* a pesar del peso de los argumentos para su invalidación e inclusive de las «reservas» que estos tenían frente a dicho caso.

Como dice STARGER, la mayoría insinuó que el precedente sentado en *Roe v. Wade* podría estar equivocada, pero aun así argumentaron que el *stare decisis* los obligaba a afirmarlo de todos modos.¹³⁸

En suma, la toma de decisiones bajo el marco del precedente, implica que el juez al encontrar una similitud entre el caso actual y el caso precedente, debe seguir la regla

¹³⁸ Cfr. STARGER, 2013: 39-41.

creada en este último caso, aun cuando considere que es incorrecta,¹³⁹ sin que ello implique convertir al precedente en un mandato inquebrantable.

2.2.2. La actitud de los tribunales norteamericanos frente al precedente: a propósito del grado de vinculación al precedente.

El concepto de precedente en los Estados Unidos pone de manifiesto el reconocimiento de que las decisiones judiciales no sólo se constituyen como fuentes del derecho, sino que además, que tienen fuerza de ley, y, como tal, deben ser respetados no solo por las partes en casos particulares, sino también por los abogados, el gobierno, la sociedad y –principalmente– por los propios tribunales.¹⁴⁰

Por ello, se sugiere, que el uso del precedente por los tribunales norteamericanos «debe ser visto como una tradición o una práctica, más que como una doctrina legal, en el sentido más estricto de la palabra, porque está tan profundamente arraigada en la cultura de la profesión legal y judicial que se lleva a cabo sin mucha reflexión por parte de los jueces».¹⁴¹

Cabe subrayar que la práctica del precedente, en su esencia, consiste que la *ratio* de un caso debe seguirse en casos similares hasta que sea anulado. Como dice PRICE, el precedente vinculante es una presunción, pero no una restricción absoluta sobre lo que los tribunales pueden hacer.¹⁴² En otras palabras, no se puede anular un precedente simplemente porque no se está de acuerdo con el mismo; por eso, más allá del mero desacuerdo, debe haber razones de magnitud suficiente para superar la presunta validez de ese precedente.¹⁴³

En este sentido, por un lado, ningún tribunal de última instancia se considera absolutamente vinculado por sus propias decisiones; por el otro, los tribunales inferiores están obligados a seguir los precedentes de los tribunales superiores, aunque a veces no lo hacen porque creen fundadamente que el tribunal superior anulará el precedente.¹⁴⁴

¹³⁹ SCHAUER, 2008: 458.

¹⁴⁰ SELLERS, 2006: 68.

¹⁴¹ *Ibid*: 86.

¹⁴² PRICE, 2000: 86.

¹⁴³ SHANNON, 2006: 686-687.

¹⁴⁴ HANNA, 1957: 372.

Ahora, una exigencia del *stare decisis*, en su sentido más simple y más importante, es que los tribunales jerárquicamente inferiores sigan los precedentes de los tribunales superiores, aceptándolos como derecho declarado por estos y sin intentar anular estas decisiones.¹⁴⁵

A raíz de ello, se suelen distinguir dos dimensiones diferentes del precedente: *stare decisis vertical* y *stare decisis horizontal*. Más que de dimensiones, en realidad, de lo que se trata es de una diferenciación de los efectos del precedente frente a los tribunales jerárquicamente inferiores y ante los tribunales de la misma jerarquía.

Así, cuando se habla del *stare decisis vertical*, no se hace otra cosa más que describir la obligación que tienen los tribunales inferiores de seguir las decisiones anteriores de los tribunales que le son superiores respecto otro caso, pero con una cuestión similar.

Para BARRET, la obligación de un tribunal de seguir el precedente de un tribunal superior, es una regla inflexible que no admite ninguna excepción.¹⁴⁶ Esto quiere decir, que «aun cuando una decisión de la Corte Suprema refleja un fuerte desacuerdo al interior del mismo, incluso cuando la población se encuentra dividida en sus puntos de vista sobre dicha decisión los tribunales inferiores están prohibidos de revisarlo... están obligados a cumplirla».¹⁴⁷

En similares términos, dice AMAR: «los tribunales inferiores, en general no están judicialmente autorizados a ignorar la doctrina de la Corte Suprema, incluso si estos tribunales inferiores consideran que la doctrina es incorrecta, porque la propia Constitución crea una estructura vertical... no hay autoridad judicial general de un inferior a anular o, si se quiere, a anular o menoscabar las opiniones de la Corte Suprema, aunque el juez inferior considere que las reglas del tribunal supremo son incorrectas».¹⁴⁸

De otro lado, cuando hablamos del *precedente horizontal*, estamos haciendo hincapié en la obligación de un tribunal para seguir sus propios precedentes. En otras

¹⁴⁵ SELLERS, 2006: 86.

¹⁴⁶ BARRET, 2013:1712.

¹⁴⁷ *Ibid*: 1730.

¹⁴⁸ AMAR, 2008: 964-965.

palabras, «la obligación de seguir el precedente en su dimensión horizontal consiste, en esencia, en tratar una decisión previa como si viniera de arriba, aunque no lo hiciera, y en consecuencia debe seguirse una decisión anterior únicamente por haber venido antes».¹⁴⁹

En este aspecto, advierte HANNA que, la doctrina del precedente aplicada a los tribunales de última instancia, sostiene que un tribunal no está inexorablemente vinculado a sus propios precedentes, pero debe seguir la regla de derecho que se ha establecido en casos anteriores, a menos que esté claramente convencido de que la regla que originalmente estableció es errónea o ya no es sensata, debido a que cambiaron las condiciones en las que fue establecida y que es más conveniente apartarse del precedente.¹⁵⁰

Justamente, a partir de ello, se suele afirmar que, mientras la Corte Suprema de Inglaterra –en aquel entonces la House of Lord– se encontraba absolutamente vinculada a sus propios precedentes sin posibilidad de apartarse o anularlos, hasta que se produjo la declaración de la *Practice Statement*; la Corte Suprema de los Estados Unidos no se ha considerado a lo largo de su historia absolutamente vinculada por sus propios precedentes.¹⁵¹ Sin embargo, ello no quiere decir que los precedentes de la Corte Suprema en Norteamérica únicamente vinculen a los tribunales inferiores, sino que dicha corte, a pesar de saberse no vinculada rígidamente a sus propias decisiones, las sigue y difícilmente se aparta de ellas, aun cuando sus miembros muestren sus desacuerdos con las mismas.

Después de todo, se entiende que si un juez o tribunal pudiera decidir de manera diferente a lo previsto en los precedentes sencillamente porque no está de acuerdo con lo decidido o porque se considera más prudente, inteligente, mejor informado y moralmente superior que el juez o tribunal anterior, entonces el *rule of law* no sería más que una quimera, ya que estaríamos ante un gobierno de los hombres y no del derecho.¹⁵² En efecto, «el respeto al precedente no solo sirve a los valores de estabilidad, continuidad y predictibilidad, sino que además, al asegurar que las personas

¹⁴⁹ SCHAUER, 2011: 3.

¹⁵⁰ HANNA, 1957: 368.

¹⁵¹ *Cf.* CARDOZO, 2004: 80-81: “la regla de adhesión al precedente se aplica con menos rigidez en los Estados Unidos que en Inglaterra y, según creo, con una rigidez que va disminuyendo aun aquí. La Cámara de los Lores se declara a sí misma absolutamente atada por sus propias decisiones anteriores”.

¹⁵² SINCLAIR, 2007: 398.

situadas de manera equivalente sean tratadas de un manera razonablemente equivalente, el precedente sirve también para promover el *rule of law*». ¹⁵³

2.2.3. La rigidez del precedente judicial frente a la flexibilidad del precedente constitucional.

Como subraya BARRETT¹⁵⁴, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha dividido el precedente en tres categorías, división que ha sido seguida generalmente por los tribunales de apelaciones (*Courts of Appeals*) sin mayor resistencia. Así, el precedente puede estar relacionado con la aplicación del *statutory law*, del *common law* y de la *Constitución*; y a partir de ello, tendríamos: i) *statutory precedents*; ii) *common law cases* y; iii) *constitutional precedents*.

Lo interesante de esta distinción es el grado de vinculación que se asocia a cada una de estas categorías. De esta manera, el grado de vinculación del *statutory precedent*, categoría ligada a la legislación, sería super fuerte (*super strong*); en el caso del *common law cases* el precedente tendría una fuerza media (*medium-strength*); y, finalmente, la fuerza vinculante del *precedente constitucional* sería débil, ya que puede ser omitido con mayor facilidad.¹⁵⁵ Pero es importante recalcar que estas categorías responden a la actitud de la Corte Suprema frente a sus propios precedentes; corte, que no está de más decirlo, jamás se ha sentido absolutamente obligada a seguir sus decisiones anteriores.

El *precedente constitucional* funciona de manera muy distinta a los *statutory precedents* y a los *common law cases*, toda vez que la Corte Suprema «le da a sus precedentes constitucionales relativamente menos deferencia para evitar el riesgo de permitir que sus errores se conviertan en elementos permanentes en el derecho constitucional». ¹⁵⁶ Es decir, los jueces parecen haber llegado a la conclusión de que se debe dar un trato preferencial al precedente judicial, debido a que tales precedentes tendrían un considerable grado de estabilidad, previsibilidad y consistencia, hasta que el legislador considere que es conveniente modificarlo. ¹⁵⁷

¹⁵³ MARKMAN, 2011: 113.

¹⁵⁴ BARRET, 2013: 1713.

¹⁵⁵ *Ibid ídem*.

¹⁵⁶ GERHARDT, 2005: 944.

¹⁵⁷ *Ibid ídem*.

Ello quiere decir, en palabras más sencillas, que los precedentes judiciales pueden ser considerados como una doctrina estricta del precedente, dado que la corrección legislativa de estas decisiones es más fácil y simple de conseguir. Contrariamente, debido a que el precedente constitucional sólo puede ser cambiado y/o modificado con una enmienda constitucional, el carácter menos rígido de esta decisión es una consecuencia necesaria de tal situación.¹⁵⁸

El status del precedente constitucional es diferente a la del precedente judicial, al punto que puede desplazar a las decisiones basadas en disposiciones distintas a la Constitución. Pero no solo eso, sino que, además, únicamente pueden ser anulados por la marcha atrás de su creador o por una enmienda constitucional.¹⁵⁹

BARRETT justifica que se dé al *precedente constitucional* un peso débil o fuerza vinculante débil: mientras el Parlamento puede corregir interpretaciones erróneas de carácter legal mediante la aprobación de una ley, el proceso de enmienda constitucional es oneroso, de modo que las interpretaciones erróneas son difíciles de corregir para las personas.¹⁶⁰ Por ello a fin de no perennizar sus yerros, los jueces han consolidado una práctica prudencial que les permite revisar algunas de sus decisiones anteriores, pero, al mismo tiempo, los jueces pueden defender decisiones erróneas en aras de proteger valores institucionales como la equidad, la coherencia, la fiabilidad, la previsibilidad y la firmeza.¹⁶¹

De otro lado, se suele asociar la necesidad de seguir precedentes con la confianza que generan las decisiones anteriores en las personas, de manera tal que estas puedan tomar sus decisiones en base a lo que dijeron los tribunales, porque, llegado el momento, recibirán la misma respuesta. De ahí que un argumento recurrente en la justificación de la adhesión al precedente y de su lugar en el orden legal sea el enfoque de la confianza; ello en la medida que las personas se desenvuelven y regulan sus intereses confiados en las decisiones judiciales anteriores, de manera que no se permite a los jueces alterar esta confianza aun cuando el precedente sea incorrecto.¹⁶²

¹⁵⁸ SINCLAIR, 2007: 368.

¹⁵⁹ GERHARDT, 2006: 1205.

¹⁶⁰ BARRET, 2013: 1713.

¹⁶¹ GERHARDT, 2005: 944.

¹⁶² LEVIN, 2013: 1038.

En este sentido, el precedente debería de vincular únicamente cuando los intereses públicos basados en la confianza generada por las decisiones pasadas serán socavados sustancialmente si el tribunal no se sujeta al precedente. Es decir, la confianza que genera el precedente debe ser el factor principal para decidir si y cuándo adherirse al precedente.¹⁶³ Ergo, los tribunales deben sentirse constreñidos por el precedente con el fin de evitar socavar la confianza que las personas han construido justificadamente en base a estas decisiones anteriores.¹⁶⁴ En palabras de LEVIN, los jueces no pueden olvidar que «cuando los miembros de la sociedad realizan acciones sobre la base de entendimientos generados a partir de las decisiones judiciales, esas decisiones generan reliance interests».¹⁶⁵

En este contexto, cuando se afirma que el precedente judicial es más rígido frente al precedente constitucional, no se está señalando que los precedentes constitucionales no sean seguidos con la misma recurrencia que el precedente judicial; por el contrario, lo que se intenta poner en evidencia es la actitud que tiene la Corte Suprema de los Estados Unidos frente a cada una de ellas. Para dicha Corte, el legislador ordinario, así como el constituyente, pueden anular sus precedentes, ya sea porque las circunstancias han mutado notablemente o porque simplemente son erróneos. Así, en el caso del *statutory precedent o common law case* –precedente judicial– la Corte, aun cuando puede anular sus decisiones anteriores o modificarlas, por lo general prefiere dejar dicha labor en manos del legislador. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se trata del *precedente constitucional*; aquí la Corte entiende que estos precedentes solo pueden ser revocados por una enmienda constitucional, lo cual hace difícil la corrección de decisiones originalmente erróneas o que ya no son válidas debido a que las condiciones para su aplicación cambiaron notablemente, de manera que el carácter menos rígido de este precedente permite a la Corte no seguirlo e inclusive anularlo, sin tener que esperar la intervención del constituyente.

¹⁶³ *Ibid*: 1039.

¹⁶⁴ *Ibid*: 1053-1054.

¹⁶⁵ *Ibid*: 1054.

En resumen, el precedente «nos da un régimen constitucional bastante estable para apoyar el rule of law, pero bastante flexible para adaptarse a los cambios de las visiones constitucionales».¹⁶⁶

2.2.4. La incidencia de la organización judicial norteamericana en el precedente.

LOEWENSTEIN escribía que, «junto a la constitución escrita y el establecimiento de la forma republicana de gobierno, esto es, no monárquica, en Estados con un extenso territorio, el federalismo es la aportación americana más importante a la teoría y la práctica del Estado moderno».¹⁶⁷

El Estado federal en oposición al Estado unitario, presenta un sistema de pluralismo territorial, en el que las diferentes actividades estatales están distribuidas entre el Estado central y el Estado miembro.¹⁶⁸ Así, cada Estado tiene un Poder Legislativo y un Poder Judicial.

Como era de esperarse, la estructura federal de los Estados Unidos ha repercutido notablemente en la configuración de su sistema judicial, el cual está conformado por tribunales estatales y tribunales federales. Los primeros fueron creados por las Constituciones de cada uno de los Estados, mientras que los otros, por la Constitución de los Estados Unidos. Ergo, estos tribunales son completamente diferentes.¹⁶⁹ Veamos:

1.- Tribunales estatales

La estructura de los sistemas de tribunales estatales varía de un Estado a otro. Cada sistema de tribunales estatales tiene características únicas; no obstante, es posible encontrar rasgos comunes que nos permiten hacer algunas generalizaciones.

a) Justice of the Peace y Magistrates; por lo general, estos tribunales son los más bajos de la estructura judicial de los Estados. La jurisdicción de los jueces de paz comprende a las áreas no urbanas, mientras que la de los magistrados se extiende

¹⁶⁶ FARBER, 2006: 1203.

¹⁶⁷ LOEWENSTEIN, 1976: 354.

¹⁶⁸ *Ibid*: 357.

¹⁶⁹ En adelante seguiremos la descripción del sistema judicial norteamericano que realiza: ITURRALDE, 1995: 142-151.

hacia la zona urbana. Los jueces de estos tribunales no son necesariamente abogados. Aun cuando sus funciones parecieran ser cuasi-legislativas, cuasi-judiciales y cuasi-administrativas –pues en este último caso pueden celebrar matrimonios civiles– fungen de tribunales de primera instancia en casos civiles y penales.

b) *Municipal Courts*; dependiendo del Estado en el que se encuentran, estos tribunales pueden ser denominados como: *Traffic Court*, *City Court*, *Night Court*, *General District Court* y *Police Court*. Estos órganos son casi siempre tribunales de primera instancia y normalmente la *court of record*; son competentes para conocer casos civiles y penales, en el primero limitado por la cuantía, y en el segundo en todo lo relacionado con las faltas.

c) *County Courts*; Estos tribunales como su propio nombre lo sugiere, son competentes para conocer casos civiles y penales dentro del condado en el que se encuentran, siendo el condado una subdivisión del Estado. Su competencia abarca tres tipos de casos: i) casos civiles ordinarios que van más allá del límite de la jurisdicción del tribunal inferior, ii) casos penales, distintos a las faltas rutinarias y iii) herencias y testamentos.

d) *Intermediate Courts of Appeals*; los Tribunales Intermedios de Apelación dependiendo del Estado en el que ejerce sus funciones, son conocidos como: *Appellate Division*, *State Appellate Court*, *Superior Court* o *Intermediate Court of Appeals*. Sea cual sea la denominación de estos tribunales, su jurisdicción es casi exclusivamente de apelación. Así, normalmente conocen las apelaciones contra las decisiones de los Tribunales de Condado y de los Tribunales Municipales y, excepcionalmente, conocen las apelaciones contra decisiones de otros órganos jurisdiccionales. Habitualmente, sus decisiones no son recurribles, pero hay casos en que lo son ante el *Final Court of Appeal*.

e) *Final Court of Appeal*; el tribunal de máxima jerarquía en el sistema de justicia estatal es el Tribunal Final de Apelación. En esta instancia se deciden las apelaciones de los Tribunales Intermedios de Apelación sobre las cuestiones más importantes. Las decisiones de este tribunal constituyen la última palabra dentro del Estado en todas las cuestiones constitucionales. Por ello, sus decisiones no

son recurribles, erigiéndose como derecho local de obligatorio acatamiento. No obstante, es posible –aunque remotamente- la revisión del caso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando se trata de una cuestión federal de naturaleza sustancial.

2.- *Tribunales federales*

En su forma actual el sistema de tribunales federales de los Estados Unidos¹⁷⁰, se encuentra estructurado de noventa y cuatro tribunales de distrito y trece tribunales de apelación, órganos de justicia que se encuentran debajo de la Corte Suprema.

a) *The Supreme Court of the U. S.*; la Corte Suprema es el tribunal más alto de los Estados Unidos. Esta Corte ha sido creada por el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, disposición normativa constitucional que, además, autorizó al Congreso aprobar leyes que establecieran un sistema de tribunales inferiores. Así, el Congreso ha establecido dos niveles de tribunales federales por debajo de la Corte Suprema: los tribunales de distrito de los Estados Unidos y los tribunales de apelación de los Estados Unidos. Este órgano jurisdiccional está integrado por nueve jueces que de manera conjunta conocen de los casos. La Corte Suprema de los Estados Unidos puede, a su discreción, escuchar apelaciones de los Tribunales Federales de Apelación y de los Tribunales Estatales más altos, si la apelación involucra la Constitución de los Estados Unidos o la ley federal.

b) *U. S. District Courts*; los Tribunales Federales de Distrito son los tribunales de primera instancia en el sistema federal. Hay noventa y cuatro tribunales de distrito de este tipo en toda la nación. Es decir, al menos un tribunal de distrito se encuentra en cada Estado. Los jueces de distrito se sientan individualmente para escuchar los casos. Además de los jueces de distrito, los jueces de quiebra bancaria *-bankruptcy judge-* que oyen sólo casos de quiebra, y magistrados que desempeñan muchas funciones judiciales bajo la supervisión general de los jueces de distrito, se encuentran dentro de los tribunales de distrito.

¹⁷⁰ En cuanto a la estructura de los tribunales federales puede revisarse para mejores detalles el United States Code, en cuyo título 28 se detalla la estructura y funcionamiento de estos tribunales, el mismo que está disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28>.

c) *U. S. Circuit Courts of Appeals*; los Tribunales Federales de Apelación se encuentran ubicados en cada uno de los distritos en los que está dividido el país. El número de jueces que integran estos tribunales puede oscilar entre cuatro y veintiséis, dependiendo de la cantidad de trabajo en cada distrito. Organizados en grupos de tres, los jueces escuchan las apelaciones de los tribunales de distrito y de los organismos administrativos federales. Sus decisiones son recurribles ante la Corte Suprema.

Ahora bien, los alcances del precedente dependen de las características estructurales de los tribunales que dictan las decisiones y de los tribunales que los aplican.¹⁷¹ Así, la Corte Suprema nunca se ha considerado estrictamente vinculado por sus propios precedentes, regla que también ha sido emulada por los demás tribunales federales y estatales en cuanto a sus propias decisiones. Sin embargo, a partir de la idea subyacente al *common law* de que los precedentes de un tribunal superior son obligatorios para los tribunales inferiores, los precedentes de la Corte Suprema son obligatorios en cuestiones federales en todos los demás tribunales federales y estatales.¹⁷²

De otro lado, los precedentes de los Tribunales Federales de Apelación son obligatorios para todos los Tribunales Federales de Distrito del mismo distrito, salvo para aquellos tribunales que no están obligados por dichas decisiones, sean estos Tribunales de Apelación o Tribunales de Distrito. En efecto, los precedentes de los Tribunales Federales de Apelación no son vinculantes para otros tribunales federales de igual o inferior jerarquía, teniendo un efecto persuasivo frente a los tribunales estatales en materia federal.¹⁷³

En el sistema estatal, los precedentes del *Final Court of Appeal* son obligatorios para todos los tribunales inferiores, en virtud a la estructura jerárquica del sistema de justicia. Asimismo, los precedentes de los Tribunales Intermedios de Apelación son obligatorios para todos los tribunales de primera instancia dentro del distrito.¹⁷⁴

¹⁷¹ KOZEL, 2014: 185.

¹⁷² ITURRALDE, 1995: 154-155.

¹⁷³ *Ibid*: 155.

¹⁷⁴ *Ibid*: 156.

Finalmente, como destaca ITURRALDE, «en la doctrina estadounidense ningún tribunal está absolutamente obligado por sus propias decisiones. Estos pueden derogar sus decisiones, excepto cuando la derogación pueda poner al tribunal fuera de la línea de decisiones de un tribunal superior por el cual está obligado. En general el respeto de los jueces de tribunales inferiores respecto de sus superiores es extraordinariamente alto».¹⁷⁵

2.3. LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE Y LAS CATEGORÍAS QUE INFLUYEN EN LA COMPRENSIÓN DE SU SIGNIFICADO Y ALCANCES.

Para DUXBURY, decidir sobre la base de lo que se hizo cuando el mismo asunto debía resolverse en el pasado es decidir de acuerdo a los precedentes. Es decir, un precedente es un acontecimiento pasado que sirve de guía para la acción presente. En el derecho este acontecimiento es casi siempre una decisión. Sin embargo, como advierte nuestro autor, no todos los acontecimientos pasados son precedentes, ya que mucho de lo que hicimos en el pasado se desvanece rápidamente en la insignificancia y no sirve para guiar la acción futura en los más mínimo; por lo que el entendimiento del precedente requiere una explicación acerca de cómo los acontecimientos pasados y las acciones presentes pasan a ser vistos como conectados.¹⁷⁶

De este modo, el pasado es percibido por jueces y abogados como depositario no solo de información, sino de un valor que tiene el poder de legitimar las acciones del presente.¹⁷⁷ Por ello, «si el carácter distintivo de nuestra humanidad está ligado a nuestra participación en el mundo de la cultura, entonces el respeto por el trabajo de las generaciones pasadas, que nos han dado ese mundo, se funda en algo más profundo (...). Debemos respetar el pasado, no porque aumenta el bienestar de los seres humanos o porque su derecho a la igualdad lo exige. Debemos respetar el pasado porque el mundo de la cultura que heredamos de él nos hace lo que somos».¹⁷⁸

De allí que, la autoridad que ostentan las decisiones anteriores reposa en el hecho de que, precisamente, son decisiones pasadas. Es decir, es el pasado de la

¹⁷⁵ *Ibid.*: 158.

¹⁷⁶ DUXBURY, 2008: 1 y ss.

¹⁷⁷ KRONMAN, 1990: 1033.

¹⁷⁸ *Ibid.*: 1066.

decisión anterior, y no la opinión del actual tomador de decisiones acerca de la corrección de las mismas, la que reviste de autoridad a estas decisiones.¹⁷⁹

Seguir el precedente es una forma de razonamiento, en el que se espera que los jueces se adhieran a las decisiones anteriores que tratan sobre la misma cuestión, independientemente de sus propios puntos de vista.¹⁸⁰ Por ello, la obligación de los jueces de seguir las decisiones anteriores se hace obvia cuando el actual tomador de decisiones está en desacuerdo con el resultado del caso precedente y, a pesar de ello, tiene que seguir el precedente debido a su fuente o status, y solo por esa fuente o status, aun cuando crea que la decisión del caso precedente estaba equivocada.¹⁸¹

En otras palabras, la fuerza del precedente es más evidente cuando el órgano del caso presente no está de acuerdo con el resultado alcanzado en el caso anterior, ya que cuando el órgano decisor está de acuerdo o se encuentra persuadido con lo decidido precedentemente, recurrir a la autoridad del precedente se convierte en una actividad superflua e innecesaria.¹⁸²

Así, como dice HELLMAN, un sistema de toma de decisiones que incorpora el precedente es aquel que requiere que un juez otorgue cierto peso al precedente. De esta manera, si existe un caso precedente C1 que es sustancialmente similar al caso actualmente ante el tribunal, C2; entonces el juez que decide C2 debe contar con el hecho de que un tribunal anterior decidió C1, y que tal decisión se erige como una razón para decidir C2 en el mismo sentido. Por ello es importante distinguir la adhesión al precedente aun cuando no se está de acuerdo con su contenido. Ya que, en este último caso, el juez que decide C2 puede pensar que C1 ha sido debidamente resuelto, que las razones que afectan a la decisión en C1 han sido debidamente sopesadas, y por lo tanto, que el caso similarmente relevante C2 debe ser decidido de la misma manera. Aquí, el juez decide C2 de la misma manera que C1, pero no porque así se decidió C1, sino porque cree que es la resolución correcta del caso.¹⁸³

¹⁷⁹ SCHAUER, 2011: 3.

¹⁸⁰ SCHAUER, 2008: 455.

¹⁸¹ SCHAUER, 2011: 3; CROSS y HARRIS, 2012: 23, quienes señalan que la particularidad de la doctrina inglesa del precedente es que la misma tiene una naturaleza fuertemente coercitiva, y en virtud de dicha doctrina los jueces ingleses a veces se ven obligados a seguir un precedente, incluso teniendo buenas razones para no hacerlo.

¹⁸² SCHAUER, 2011: 3.

¹⁸³ HELLMAN, 2013: 64.

Es justamente el desacuerdo del juez del caso presente con lo resuelto en la decisión anterior, lo que hace visible la autoridad del precedente independientemente de su contenido. Los jueces deben aplicar las reglas creadas en casos anteriores, aun cuando podrían llegar a un resultado distinto frente a estos hechos.¹⁸⁴ Esto quiere decir, que la obligación de seguir el precedente no implica un acuerdo previo con lo resuelto en el caso anterior, sino que debe acatar lo decidido en tal caso aun cuando no esté de acuerdo con el mismo. Como dice DUXBURY «la autoridad del precedente es independiente de la opinión del tribunal en cuanto a su corrección o incorrección».¹⁸⁵

Ergo, el juez puede estar muy seguro de que el precedente aplicable es incorrecto, pero, a pesar de ello, «puede optar por atenerse al precedente basado en su creencia de que la superación de ella crearía costos sustanciales de transición y perturbaría las expectativas establecidas».¹⁸⁶

Queda claro entonces que, en un sistema basado en el precedente, la toma de decisiones de los casos actuales estarán influenciados por aquellos casos que se decidieron antes.¹⁸⁷ Por ello, cuando un juez determina la semejanza fundamental entre el caso actual y el caso anterior, el caso queda decidido, toda vez que el juez no se considera con absoluta libertad para prescindir de los resultados obtenidos en los casos anteriores.¹⁸⁸

No obstante, si el juez se encuentra con hechos o consecuencias de hechos que fueron pasados por alto en la decisión previa, si es que estos son lo suficientemente importantes como para haber cambiado el sentido de la decisión, podrá desvincularse de la decisión anterior por no ser relevante para los hechos del caso actual; por tanto, el juez no está obligado a seguir el precedente allí sentado. Si por el contrario, estos hechos, aunque materiales, no habrían alterado en sentido de la decisión tomada, entonces el juez está obligado a seguir el precedente creado en el caso anterior, ya que el mismo es relevante para los hechos del caso que debe decidir.¹⁸⁹

¹⁸⁴ ALEXANDER y SHERWIN, 2008a: 27.

¹⁸⁵ DUXBURY, 2008: 24.

¹⁸⁶ KOZEL, 2014: 186.

¹⁸⁷ LEDERMAN, 1999: 234.

¹⁸⁸ LEVI, 2005: 18.

¹⁸⁹ FRANCIS, 1928: 17.

En este punto es importante recalcar, que la obligación de seguir el precedente puede adoptar la forma de una regla o, en su lugar, puede adoptar la forma de una razón, principalmente. Sin embargo, lo importante es tener en cuenta que la similitud entre el caso anterior y el caso presente radica en la semejanza de los hechos que configuran ambos casos y, precisamente, es partir de esta similitud que la decisión frente a estos hechos tomada en el pasado se constituye en un precedente obligatorio para el caso presente, ya sea que se conciba al precedente como una regla o se vea en él a una razón para decidir.

2.3.1. Los modelos del precedente.

Ordinariamente, se entiende como una de las características esenciales de las decisiones judiciales en el *common law* que los jueces y tribunales en la decisión de un caso particular deben seguir precedentes.¹⁹⁰ Esta deferencia por el precedente puede adoptar la forma de una regla o puede también ser vista como una razón.

Así, el precedente puede ser comprendido a partir de los siguientes modelos: el modelo natural del precedente y el modelo de reglas del precedente.

a) El modelo natural del precedente

Conforme a este modelo, el tribunal posterior no hace más que resolver sus casos como suele hacerlo naturalmente, esto es, tomando en cuenta los hechos relevantes del caso para después arribar a una decisión que considera la más correcta a la luz de tales hechos.¹⁹¹ En este contexto, la decisión previa es un hecho más entre los muchos otros que son relevantes para resolver el caso. Dicho de otra manera, la corte al decidir un caso, da a las decisiones anteriores el peso que esas decisiones tienen como una razón independiente, al margen de cualquier requerimiento formal para seguir el precedente.¹⁹²

Debido a ello, los tribunales deben seguir los precedentes porque deben tener en cuenta las expectativas razonables de las partes, pero no únicamente de ellas, también debe prestar atención a las expectativas de los demás formadas sobre la base de decisiones anteriores, y, de aquellos que, pese a no ser partidarios de lo decidido, han

¹⁹⁰ ALEXANDER, 1989: 3.

¹⁹¹ ALEXANDER, 2015: 161.

¹⁹² ALEXANDER, 1989: 5.

planificado sus actividades en torno a dichas decisiones y esperan consistencia en el futuro. En términos más sencillos, los jueces deben tener en cuenta el interés social que subyace a aquellas actividades cuyas expectativas dependen de la coherencia judicial.¹⁹³

En el *modelo natural*, el precedente es una herramienta adecuada para la realización del derecho a la igualdad ante la ley y la confianza en el ordenamiento jurídico –*seguridad jurídica*–. Por ese motivo, una vez que el tribunal anterior decidió el caso, la existencia de esa decisión puede ser invocada como una razón independiente para que los jueces y tribunales subsiguientes decidan de la misma manera las controversias similares.¹⁹⁴

Aquí, se reconoce a los jueces únicamente autoridad para decidir casos y no autoridad para crear reglas vinculantes para otros tribunales. De allí que, para MOORE, la fuerza del caso precedente se agota en el hecho de que la corte anterior decidió el caso con sus hechos particulares a favor del demandante o del demandado. Por tanto, la fuerza del caso precedente no se encuentra en la opinión de la corte ni en ninguna regla canónica establecida por esta, sino que proviene del valor de la igualdad y de las virtudes del Estado de derecho que se centran en la previsibilidad de las normas legales.¹⁹⁵

ALEXANDER, por su parte, precisa que, «el modelo natural del precedente no es el modelo que los tribunales anglo-estadounidenses utilizan. Si bien los jueces pueden tomar en cuenta la confianza depositada en los precedentes cuando se trata de revocar decisiones previas (...), ellos no consideran dicha confianza para efectos de determinar la vinculación del precedente (...) los tribunales anglo-estadounidenses consideran que la vinculación del precedente es mayor que la que el modelo natural implicaría».¹⁹⁶

b) El modelo de reglas del precedente

Bajo el modelo de reglas, la corte precedente tiene autoridad no solo para decidir casos, sino también, para promulgar una regla general obligatoria para los tribunales de

¹⁹³ ALEXANDER y SHERWIN, 2008a: 30-31.

¹⁹⁴ ALEXANDER, 1989: 6.

¹⁹⁵ MOORE, Michael S. «*Precedent, Induction, and Ethical Generalization*», en *Precedent in Law* (L. Goldstein ed. 1987), p. 183. Citado por ALEXANDER, 1989: 8.

¹⁹⁶ ALEXANDER, 2015: 161-162.

igual o inferior rango. La regla así creada funciona como un norma legal (*statute*) y, como tal, tendrá una formulación canónica.¹⁹⁷

El modelo de reglas, subraya ALEXANDER, puede variar a lo largo de dos dimensiones: i) en la primera, de acuerdo con la fuerza con la que la regla de la corte precedente obliga a la corte restringida; ii) en la segunda, varían las versiones del modelo de reglas, principalmente, en la metodología para identificar la regla precedente. A partir de ello, en algunas versiones la restricción puede ser absoluta, como la de una norma legal o una norma constitucional. En esta versión la corte restringida nunca podrá anular una regla precedente. En otras versiones, la restricción puede ser mucho más débil. Pero, en ninguna versión, una corte restringida es libre de ignorar una regla precedente como lo es en el modelo natural.¹⁹⁸

Por eso, conforme al *modelo de reglas*, los jueces al decidir los casos deben tratar las reglas anunciadas en decisiones anteriores como «*reglas serias*». Es decir, como una regla aplicable a una variedad de casos. Así que, el papel del tribunal consistirá en identificar la regla aplicable a la disputa en cuestión, deducir el resultado prescrito por la regla y decidir en consonancia con ella.¹⁹⁹

LAMOND precisa que este modelo sugiere que la función del precedente es establecer reglas que puedan guiar a los individuos y a los tribunales. Es decir, los precedentes establecen reglas en sus *rationes*, y tales reglas son vinculantes en casos posteriores cuyos hechos caen dentro del alcance de estas reglas. La aplicación de estas reglas a casos posteriores está determinada por la justificación de la regla efectuada por el tribunal anterior.²⁰⁰ A partir de ello, los precedentes darían lugar a una forma de tomar decisiones basada en reglas, que difiere de otras formas de dos maneras: i) la *ratio* tiene que ser construida a partir de la decisión de un caso y, no se basa en una formulación canónica por la corte; ii) las cortes posteriores tienen un poder ilimitado para modificar la *ratio* aplicable al caso que tienen ante sí.

Pues bien, este modelo tiene la ventaja de propiciar el acceso a todos los hechos relevantes del caso precedente a efectos de brindar el mismo trato frente a hechos que

¹⁹⁷ ALEXANDER, 1989: 18.

¹⁹⁸ *Ibid idem*.

¹⁹⁹ ALEXANDER y SHERWIN, 2008a: 31-34.

²⁰⁰ LAMOND, 2005: 1-2.

calcen dentro del contenido de la regla. Así, lo que necesitamos saber del caso precedente es su regla, la misma que establece los criterios pertinentes para la igualdad de trato.²⁰¹

El principal problema con este modelo es el tremendo poder que da al tribunal precedente frente a los tribunales restringidos.²⁰² Pero no solo eso, sino que, además, ignora la técnica del *distinguishing*, toda vez que el precedente en el modelo de reglas no es susceptible de distinción, sino únicamente, puede ser seguido o revocado.²⁰³

Estos reparos al modelo de reglas del precedente ha propiciado el rechazo de los tribunales y los juristas a un enfoque estricto del precedente basado en reglas. Se admite por un lado, que las decisiones anteriores restrinjan a los tribunales posteriores; pero, por el otro, se reconoce también que la adhesión a decisiones previas no reemplaza el razonamiento ni la innovación judicial. De tal forma que el tribunal posterior conserva su capacidad de corregir los resultados erróneos y de propiciar el desarrollo del derecho.²⁰⁴

Las inquietudes construidas alrededor del rechazo a un enfoque estricto del precedente como regla pueden ser agrupadas en dos posturas claramente diferenciadas: el modelo de resultado del precedente y el modelo de principios del precedente.

c) El modelo de resultado del precedente

Para el *modelo de resultado del precedente*, en su versión más distintiva, las decisiones anteriores son vinculantes pero susceptibles de distinción. Es decir, los jueces están vinculados por las decisiones anteriores, salvo en los casos precedentes que difieren de hecho de los casos que tienen ante sí. Frente a problemas similares, los jueces deben tratar las decisiones anteriores como correctas y alcanzar resultados análogos. Contrariamente, cuando los precedentes son distinguibles, los tribunales posteriores tienen la libertad de llegar a resultados contrarios, incluso cuando las

²⁰¹ ALEXANDER, 1989: 26.

²⁰² *Ibid*: p. 27.

²⁰³ ALEXANDER, 2015: 163.

²⁰⁴ *Cfr.* ALEXANDER y SHERWIN, 2010: 140-141.

opiniones anteriores establecen una regla que parece gobernar la disputa posterior y exige un resultado diferente.²⁰⁵

De ahí que, los tribunales utilizan el enfoque basado en los resultados para: (i) reformular la norma que fue adoptada explícitamente por el tribunal precedente; (ii) distinguir un precedente; y (iii) revertir la regla que un precedente declara explícitamente.

d) El modelo de principios del precedente

En el *modelo de principios*, se sostiene que los jueces deben resolver las disputas sobre la base de los «principios» legales derivados de decisiones pasadas. Para arribar a dicho principio, los jueces frente a una disputa particular examinan las decisiones anteriores y disciernen o construyen un principio o razón subyacente que explica esas decisiones. «El principio resultante proporciona una fuente autorizada de derecho en el caso que ahora se encuentra ante el tribunal. Si el presente caso parece estar

²⁰⁵ ALEXANDER y SHERWIN, 2008a: 36-40; EISENBERG, 2008: 88 y ss, el autor describe este modelo recurriendo al caso *Donoghue v. Stevenson*. En este caso la demandante y un amigo estaban juntos en un café, el amigo compró una botella de cerveza de jengibre para la demandante. La botella era opaca. Después de que la demandante bebió parte de la cerveza de jengibre, descubrió un caracol descompuesto en la botella. A consecuencia de ello sufrió un shock y gastroenteritis severa y demandó al fabricante. La *House of Lords* amparó la demanda por mayoría (tres a dos). Declarando Lord Atkin que «un fabricante de productos que vende en forma tal que demuestre que tiene la intención de llegar al consumidor final en la forma en que lo dejó sin ninguna posibilidad razonable de examen intermedio y con el conocimiento de que la ausencia de un cuidado razonable en la preparación o puesta en marcha de los productos resultará en un daño a la vida del consumidor o la propiedad, debe al consumidor tomar ese cuidado razonable». Antes de este caso, se había establecido que el fabricante de un producto sólo era responsable ante sus compradores inmediatos por lesiones causadas por su negligencia en la producción del producto. Es decir, el fabricante no era responsable frente al consumidor. En *Donoghue v. Stevenson* la *House of Lords* abandonó esa regla al sostener que el fabricante era responsable ante el demandante, que no era el comprador inmediato del producto. Para Eisenberg si tuviéramos que analizar *Donoghue v. Stevenson* según un enfoque basado en los resultados, no estaría claro cuál sería la regla del caso, ya que, los hechos del caso y, por tanto, la regla necesaria para justificar el resultado, podrían ser caracterizados en niveles muy diferentes de generalidad. Así, el agente de daño en ese caso podría caracterizarse como una cosa, un producto alimenticio o un producto alimenticio en un recipiente opaco; el demandado podría ser caracterizado como un fabricante, un fabricante de bienes distribuidos a nivel nacional, o un fabricante de alimentos; la lesión podría caracterizarse como una lesión física, una lesión emocional o simplemente una lesión. A la luz de este enfoque, precisa Eisenberg, *Donoghue v. Stevenson* podría representar casi un sinnúmero de reglas construidas a partir de permutaciones de los diversos hechos a varios niveles de generalidad. De este modo, una de las tantas reglas sería aquella según la cual, si un fabricante de bienes distribuidos a nivel nacional, destinados al consumo humano, produce las mercancías de una manera negligente, es responsable de lesión física resultante; o quizá esta otra, si un fabricante de alimentos es negligente, es responsable de cualquier lesión resultante si envasó el alimento de tal manera que el defecto fue ocultado.

comprendido en los términos de una norma judicial anunciada anteriormente, el principio también puede servir de base para distinguir y limitar la norma»²⁰⁶

Así, según DWORKIN, un juez ideal emplea la razón y el juicio moral para desarrollar los mejores principios decisorios que pueden satisfacer un requisito de «ajuste» con las decisiones anteriores y luego decide el caso ante él en consecuencia. Dicho de otro modo, el juez busca la coherencia con los precedentes existentes, pero también se involucra en el razonamiento moral para alcanzar el mejor resultado posible dentro de la restricción que proporciona la coherencia.²⁰⁷

Es importante no olvidar que estos modelos lo que pretenden es justificar la práctica de seguir decisiones anteriores. Es decir, determinar si los precedentes son seguidos porque en ellos se creas reglas o porque la ratio del caso anterior es una razón para decidir el caso presente. Decantarse por uno de ellos puede tener muchas implicancias prácticas. Si nos adherimos al modelo natural del precedente el caso anterior carecerá de autoridad; si adoptamos el modelo de reglas del precedente tendríamos que asumir que la regla sentada en la decisión previa es indistinguible, con lo cual se excluiría de la doctrina del precedente uno de sus componentes esenciales: la posibilidad de distinguir un caso de otro. De allí que, con toda razón se sugiere, que el modelo natural y el modelo de reglas podrían complementarse entre sí, en el sentido de que el primero podría respaldar el segundo.²⁰⁸

Por otro lado, los tribunales suelen recurrir al modelo de resultados para reformular la regla que fue explícitamente adoptada por el tribunal precedente; en algunas ocasiones, se recurre a este modelo para distinguir el caso presente del caso anterior y, en otras, para anular la regla afirmada explícitamente en un precedente.²⁰⁹

Con todo, algo en el que coinciden estos enfoques es en el rol fundamental que juegan los hechos en la construcción del precedente. Si se ve en el precedente una forma de creación de reglas, dichas reglas no pueden ser otra cosa más que la *ratio* de la decisión previa construida como una respuesta a los hechos del caso. Sea cual sea el modelo que se siga no se puede prescindir de los hechos del caso, pues es a partir de

²⁰⁶ ALEXANDER y SHERWIN, 2008a: 40-45.

²⁰⁷ *Vid.* DWORKIN, 2008: 174 y ss.

²⁰⁸ ALEXANDER, 1989: 48.

²⁰⁹ EISENBERG, 2008: 89.

estos hechos que la práctica del precedente y su explicación teórica encuentra su razón de ser. Los hechos del caso –usando términos biológicos- forman parte del ADN del precedente. Sin hechos no cabe hablar de precedente.

2.3.2. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*.

Seguir decisiones anteriores para resolver casos nuevos en el *common law*, no siempre ha sido visto como una obligación sino, como una tendencia que arrastraba a los jueces a tomar en cuenta lo que se había resuelto en casos previos. Con el tiempo esta práctica se fue convirtiendo en la obligación de todo juez a seguir decisiones anteriores en las que se habían abordado cuestiones similares a las que ahora tenía que decidir. Así surgió la doctrina del precedente. Por ello, seguir decisiones anteriores no es lo mismo que seguir tales decisiones porque existe la obligación de hacerlo.

Ahora bien, seguir una decisión previa no implica seguir la decisión judicial en su conjunto, sino únicamente su razón para decidir.²¹⁰ Por ello, existe un acuerdo general de que la *ratio decidendi* es la parte vinculante de una decisión anterior.²¹¹ En otras palabras, la esencia de la doctrina del precedente es que la *ratio* de un caso anterior debe seguirse en casos similares.²¹²

En este sentido, «un precedente es una decisión judicial que contiene en sí mismo un principio. El principio subyacente que forma su elemento de autoridad a menudo se denomina *ratio decidendi*. La decisión concreta es vinculante entre las partes, pero es la *ratio decidendi* abstracta la única que tiene fuerza de ley en lo que respecta al mundo en general».²¹³ Es decir, «las razones de decidir o los fundamentos de la decisión importan, en el Common Law, porque la decisión no se trata solo de las partes. La decisión, vista como precedente, interesa a los jueces –a quien incumbe dar

²¹⁰ La razón para decidir en el common law no es otra cosa más que la *ratio decidendi* –terminología adoptada predominantemente en el derecho inglés- o *holding* –termino más utilizado en el derecho norteamericano-: *vid.* BURIL, 2015: 307.

²¹¹ DUXBURY, 2008: 78; BARKER, 2014: 33, «No todo lo que resuelve un tribunal es considerado como un “precedente”. Únicamente aquellas partes de una opinión de la Corte que constituyen declaraciones de Derecho que sean esenciales para la sentencia de un caso ante ella misma, poseen el valor de precedente».

²¹² PRICE, 2000: 86.

²¹³ SALMOND, 1902: 176.

coherencia a la aplicación del derecho- y a los justiciables –que necesitan seguridad jurídica y previsibilidad para desenvolverse en sus vidas y actividades-». ²¹⁴

Es importante advertir que en el *common law* no toda razón expresada por un juez constituye un precedente judicial, pues para que una razón pueda tener el peso de un precedente, dos cosas deben concurrir: i) debe tratarse de una razón dada por el juez y, ii) debe ser una razón necesaria para la solución de un caso particular; no debe ser un *obiter dicta*, ²¹⁵ esto es, es una proposición jurídica que no forma parte de la *ratio decidendi*.

3.3.3. Aplicación del precedente: *distinguishing*.

El razonamiento de los jueces a partir de casos precedentes es pertinente en la medida que sea estrictamente necesario para decidir el caso que tiene entre sus manos. ²¹⁶

Por ello, los jueces posteriores que se encuentren frente a hechos o las consecuencias de los mismos, que fueron pasados por alto en la decisión anterior, si es que estos hechos son lo suficientemente importantes como para haber cambiado el sentido de la decisión, podrán desvincularse de la decisión anterior por no ser esta relevante para los hechos del caso actual; por tanto, el juez no está obligado a seguir el precedente allí sentado. Si, por el contrario, estos hechos, aun siendo relevantes, no habrían cambiado la decisión, entonces dicha decisión anterior es decisiva para estos hechos. ²¹⁷

En términos más sencillos, si un hecho relevante que podría haber sido considerado por el tribunal anterior no fue tomado en cuenta, en tal caso la decisión previa no es un precedente para casos futuros en los que aparezca un hecho similar. ²¹⁸

Por esta razón, en principio, una regla existente y reconocida como tal, no se aplica a un caso que no calza en las condiciones normativas de la regla. Contrariamente,

²¹⁴ MARINONI, 2013: 257.

²¹⁵ GRAY, 1921: 201.

²¹⁶ SELLERS, 2006: 73; MAGALONI, 2001: 83, «el valor normativo del precedente depende de cómo se plasma en la práctica judicial el principio rector del sistema del case law: los casos semejantes deben ser tratados igualmente».

²¹⁷ FRANCIS, 1928: 17.

²¹⁸ GOODHART, 1930b: 172.

si la regla creada en el caso anterior tiene la capacidad de resolver lo que es esencialmente el mismo problema legal que plantea el segundo caso, entonces el juez debe aplicarla.²¹⁹ Es decir, el juez posterior ante un caso similar al resuelto por su predecesor debe seguir la decisión tomada por este y decidir su caso de la misma manera.²²⁰

Ello quiere decir que «la aplicación o no de un precedente dependerá, entre otros factores, de las similitudes y diferencias fácticas que existen entre el caso a resolver y el caso del que emanó el precedente».²²¹ Es a partir del análisis comparativo entre los hechos del caso previo y los hechos del caso presente, que se determinará la aplicación o no del precedente.

De tal forma que si los hechos relevantes del caso que el juez tiene entre sus manos son sustancialmente similares a los del caso previo, deberá de seguir el precedente; si los hechos son distintos, el juez podrá distinguir un caso de otro e inaplicar el precedente. Finalmente, si las circunstancias que dieron origen al precedente han cambiado o la regla fijada como vinculante fue el resultado de un error o su aplicación generaría más daños que su observancia, el precedente podrá ser anulado y/o revocado.

Vale decir que, entre las muchas actitudes que se pueden adoptar frente al precedente, lo usual es que estos sean seguidos, distinguidos o anulados. Esta última posibilidad solo puede ser realizada por aquellos tribunales autorizados a crear precedentes, mas no por aquellos que son jerárquicamente inferiores, cuya actitud frente al precedente se resume a seguirlos o distinguirlos.

3.3.4. La superación del precedente: overruling

En el *common law* no existe una disposición constitucional o estatutaria que imponga a los jueces la obligación de seguir precedentes. Han sido los jueces los que han impuesto esta obligación sobre sí mismos.²²² En esta tradición, los jueces siguen decisiones anteriores porque consideran que hacerlo es lo correcto; no temen la

²¹⁹ WALDRON, 2012: 25.

²²⁰ SINCLAIR, 2007: 376.

²²¹ MAGALONI, 2001: 83.

²²² DUXBURY, 2008: 116.

imposición de sanciones ante la inobservancia de lo decidido, sino que conciben al precedente como una estrategia de autovinculación para protegerse de las injusticias, ineficiencias y otras debilidades que afectarían al proceso judicial si los jueces pudieran volver a razonar cada punto del derecho, con total discreción y sin ningún respeto por la sabiduría judicial forjada a lo largo de los años.²²³ Pero, el valor que tiene el precedente en el *common law* no se constriñe únicamente a su capacidad para garantizar el respeto por las decisiones pasadas, sino en asegurar al mismo tiempo, que las decisiones malas no se vuelvan a repetir. Por ello, el poder que tienen los jueces de apartarse de decisiones anteriores es consustancial a la doctrina del precedente en el *common law*.²²⁴

La dinámica del proceso de toma de decisiones judiciales, demanda la existencia de algún mecanismo para descartar precedentes a efectos de funcionar correctamente. Es decir, en algunas circunstancias, el funcionamiento de la doctrina de *stare decisis* en sí se ve reforzado por tal mecanismo.²²⁵ Sin embargo, como precisa MALTZ, el respeto al *stare decisis* no es la única ni la principal razón por la cual los tribunales anulan un precedente, toda vez que el respeto al precedente debe competir con otros valores respetados por los jueces.

Esta competencia, normalmente, termina con alguna modificación de la doctrina o racionalidad que subyace a un precedente aparentemente relevante; y ocasionalmente, un precedente problemático es abandonado enteramente o restringido a sus hechos.²²⁶ Aun así, la fuerza del concepto de precedente es tal que los jueces en general desean seguir un curso consistente con el caso anterior. De tal manera que resolverán el problema reafirmando la doctrina o la lógica del caso precedente de una manera que es consistente con el resultado deseado en el caso posterior.²²⁷

Pues bien, cuando los jueces recurren al *overruling* se encuentran ante un precedente aplicable al caso que deben resolver, es decir, se trata de una decisión anterior cuyos hechos son materialmente idénticos a los del caso en cuestión, por lo que,

²²³ *Ibid idem*.

²²⁴ LEE, 2011: 3.

²²⁵ MALTZ, 1988: 383.

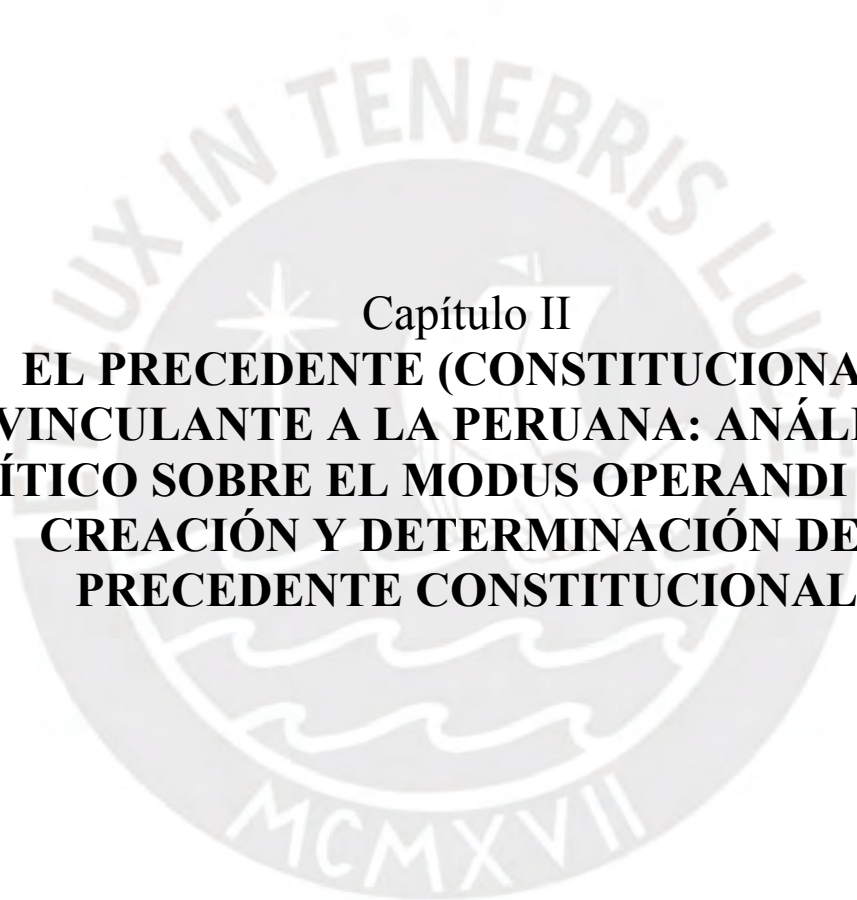
²²⁶ *Ibid*: 384.

²²⁷ *Ibid*: 386, «Los jueces varían sustancialmente en cuanto a qué valores son suficientemente convincentes para justificar el abandono de la doctrina anterior. Sin embargo, dos temas generales se repiten a través de la jurisprudencia. El primero es el principio de la supremacía de los estatutos. La segunda es la importancia relativa de los precedentes consuetudinarios, estatutarios y constitucionales».

prima facie, están obligados a seguir dicho precedente. Pese a ello, los jueces no solo inobservarán el precedente, sino que además declararan que debe fijarse una nueva decisión frente a estos hechos. De allí que, la anulación de un precedente no puede basarse en cualquier razón, es necesario que la razón invocada para la anulación sea especialmente seria y muy fuerte. En otras palabras, no se puede anular un precedente simplemente porque no se está de acuerdo con él, es esencial que más allá del mero desacuerdo existan razones gravitantes para hacerlo.²²⁸



²²⁸ SHANNON, 2009: 151, «la mayoría estaría de acuerdo en que el mero desacuerdo con una decisión previa, la creencia de que un caso fue decidido erróneamente, la sensación de que un caso se decidiría de manera diferente si se decidiera hoy, o incluso la idea de que por razones independientes de una decisión, es probable que se anule, son razones insuficientes para no tener en cuenta los precedentes».



Capítulo II

**EL PRECEDENTE (CONSTITUCIONAL)
VINCULANTE A LA PERUANA: ANÁLISIS
CRÍTICO SOBRE EL MODUS OPERANDI EN LA
CREACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN: 2.1. El juez como guardián de la Constitución y de la constitucionalidad. 2.2. La labor interpretativa del juez: de la disposición a la norma. 2.3. La interpretación jurisdiccional de la constitución: el tribunal constitucional como supremo intérprete de la constitución. 3. LA TEORÍA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 3.1. El precedente como regla jurídica expuesta en un caso particular. 3.2. El precedente constitucional peruano tiene una connotación distinta al precedente del common law. 3.3. El precedente constitucional tiene los mismos efectos de una ley. 3.4. Condiciones del uso de los precedentes constitucionales vinculantes y presupuestos para su creación. 4. LAS PECULIARIDADES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA NACIONAL: 4.1. La adopción del precedente no puede hacerse de manera irreflexiva y a-contextual, es necesario estudiar nuestros propios límites. 4.2. Lo que mejor caracteriza la actividad creativa del Tribunal Constitucional es su estatus jurisdiccional. 4.3. La emisión del precedente constitucional supone siempre la concretización interpretativa de las disposiciones constitucionales. 4.4. El precedente constitucional como una potestad para crear normas constitucionales. 4.5. Los precedentes vinculantes son normas jurídicas que tienen rango constitucional y que al nacer se adscriben a las normas constitucionales directamente estatuidas por el constituyente. 4.6. Establecer la vinculatoriedad de algunas decisiones de un órgano judicial específico no convierte a este órgano en legislador. 4.7. Los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para crear normas. 5. CREACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 5.1. Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón. 5.2. Caso Maximiliano Villanueva Valverde. 5.3. Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque. 5.4. Caso César Antonio Baylón Flores. 5.5. Caso Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S. A. 5.6. Caso Alejandro Tarazona Valverde. 5.7. Caso Alfredo de la Cruz Curasma. 5.8. Caso Ernesto Casimiro Hernández. 5.9. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. 5.10. Caso Consorcio Requena.

1. PREMISA

MONTESQUIEU decía que en todos los Estados existen tres poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.²²⁹ En ejercicio del primero, el príncipe o jefe del Estado hace las leyes para algún tiempo o para siempre, o abroga las existentes; por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, y previene las invasiones; finalmente, por el tercero, castiga los crímenes y juzga los conflictos entre particulares.²³⁰

A partir de ello, la libertad de los ciudadanos reposaba en la tranquilidad del ánimo formado a partir de la opinión que cada uno tiene de su seguridad. De ahí que, para la existencia de esta libertad era necesario que ningún ciudadano pueda temer a otro. Por eso, precisaba MONTESQUIEU, cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente.²³¹ Pero, tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo, ya que si está unido a la potestad legislativa el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador; y si está unido al poder ejecutivo el juez tendrá en sus manos la fuerza de un opresor.²³²

De tal manera que, todo estaría perdido si un único detentador ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares.²³³

En este contexto, el poder de juzgar debía ser ejercido por personas seleccionadas del pueblo, en ciertas épocas del año y bajo la forma prescrita en la ley, para formar un tribunal, cuya duración dependía del tiempo que exigía la necesidad por la cual fue formada. Así, la facultad de juzgar, tan terrible entre los hombres -en palabras de MONTESQUIEU-, no se hallaba vinculada a ningún estado ni profesión, lo cual lo convertía en una facultad invisible y nula. Pues al no tener delante

²²⁹ MONTESQUIEU, 2010: 145.

²³⁰ *Ibid idem.*

²³¹ *Ibid:* 146.

²³² *Ibid idem.*

²³³ *Ibid,* p.146.

continuamente a los mismos jueces, se teme a la magistratura y no a los magistrados.²³⁴ Sin embargo, no solo los tribunales no debían ser fijos, además, las sentencias no podían discrepar en lo más mínimo del texto expreso de la ley; ya que si el contenido de la ley representase una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone. Por lo que, los jueces no son sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor. En otras palabras, los jueces no podían moderar la ley en favor de la ley misma, fallando menos rigurosamente que ella, toda vez que esta era una prerrogativa de la autoridad suprema del cuerpo legislativo.²³⁵

Así, la labor del juez se reducía a buscar la ley aplicable y extraer de ella la particularización que requería la solución del caso en concreto.²³⁶ Para garantizar que la función del juez se limitase a la mera aplicación de la ley, se impuso a este la obligación de motivar sus decisiones, de tal forma que lo decidido aparezca como concretizaciones de la ley a los hechos debatidos en un caso, proscribiéndose de manera formal que los jueces pudieran interpretar la ley.²³⁷

Vinculados a la ley y sin posibilidad de interpretarla, los jueces mantenían frente al legislador una relación de subordinación, pues este poseía legitimidad política o de origen, mientras que los jueces solo ostentaban una legitimidad técnica o de oficio; de tal manera que su actuación era aceptable, únicamente, en la medida que pudiera verse como la exacta aplicación de la ley.²³⁸

Ahora bien, aun cuando MONTESQUIEU concebía al poder judicial como un poder nulo, la Asamblea Nacional de 1789, constituida tras la Revolución Francesa, creyó encontrar en el *Espíritu de las Leyes* la teoría de los tres poderes, y a partir de ello, no se contentó con crear dos poderes distintos e independientes, sino que además, organizó un tercero, que debía ser igual a los otros dos y, que al igual que ellos, recibía una delegación directa del pueblo.²³⁹ Sin embargo, «en la concepción ideológica base de la Revolución Francesa, la doctrina de la división de los poderes no significó la

²³⁴ *Ibid*, p.147.

²³⁵ *Ibid*, p.151.

²³⁶ GARCÍA, 1997: 43.

²³⁷ *Ibid ídem*.

²³⁸ GASCÓN y GARCÍA, 2005: 22.

²³⁹ DUGUIT, 1996: 82.

aparición de un verdadero poder judicial». ²⁴⁰ Es decir, «dividir los poderes no supuso equiparar el judicial a los otros». ²⁴¹ Pues, lo que se buscaba a través de la delimitación de los poderes era garantizar la libertad de los ciudadanos ²⁴² frente a la monarquía absoluta ²⁴³.

De suerte que cualquiera que haya sido la verdadera influencia de MONTESQUIEU sobre la Revolución Francesa, sus ideas terminarían por convertirse en parte central de su ideología. Ergo, la Revolución proclamó como uno de sus primeros principios la absoluta supremacía de la ley instituida por el cuerpo legislativo como representantes del pueblo, mientras degradaba lo judicial hasta lo que se consideraba como labor puramente mecánica de aplicación de esa ley a casos concretos. ²⁴⁴

De ahí que, detrás de la función del juez como particularizador de la ley, está la idea originaria de que «no existe derecho al margen de la Ley, que en la Ley y nada más que en ella debe buscarse y encontrarse la solución para resolver cualquier problema jurídico que pueda plantearse». ²⁴⁵ Esta es, precisamente, la nota que marcará a los jueces continentales frente a sus homónimos anglosajones, y desde allí se propagará hacia nuestro continente.

Como subraya BARBERIS, normalmente se pasa por alto que, la plausibilidad de las afirmaciones de Montesquieu, radica en que las mismas son realizadas respecto a los jurados (penales) populares, cuyos integrantes eran inexpertos en derecho y elegidos por sorteo; pues solo de ellos se podía decir que no debieran ser fijos, que sus decisiones sean un texto preciso de la ley, que no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley y que el poder de juzgar era en cierto sentido nulo. Es decir, cuando Montesquieu dice todo ello, «sólo está diciendo que los jurados (penales) populares, no conociendo el derecho, se limitarán a aplicar la ley; nada dice, por ejemplo, sobre juicios civiles burocráticos y profesionales, y todavía menos –si es posible–, sobre la interpretación de la ley». ²⁴⁶

²⁴⁰ MONTERO, 2004: 29.

²⁴¹ *Ibid idem*.

²⁴² MARINONI, 2007: 19-20.

²⁴³ MONTERO, 2004: 29.

²⁴⁴ CAPPELLETTI, 1986: 24.

²⁴⁵ GARCÍA, 1997: 43-44.

²⁴⁶ BARBERIS, 2008: 145.

Con todo, «esta concepción del Derecho y sobre todo, este mecanismo de ordenación y regulación social, rigió pacíficamente en Europa una vez instaurada la codificación, concluida a lo largo del siglo XIX. Pero poco después va ser puesta en cuestión desde una perspectiva teórica, y a la vez desde la experiencia judicial que intuía la insuficiencia radical de ese intento de reducir la función del juez a un simple mecanismo de subsunción automática de normas preestablecidas».²⁴⁷

En nuestros días, existe una marcada tendencia a revalorar la función del juez. Así, «constituye una convicción muy difundida que la tarea de adecuar el derecho a la realidad histórico-social concierna también al juez y no ha faltado quien, bajo diversos matices, ha considerado su obra como fuente, concurrente e instrumental, de producción jurídica».²⁴⁸ En palabras de PICARDI, la vocación de nuestro tiempo es para la jurisdicción.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

Para LOEWENSTEIN, la calificación de un sistema político como democrático depende de la existencia o carencia de instituciones por medio de las cuales se distribuye el ejercicio del poder político, y se somete a los detentadores del poder al control de los destinatarios del mismo.²⁴⁹ Así, «siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y, asimismo, del trágico abuso del poder».²⁵⁰ Por ello, con el tiempo se ha llegado a reconocer que la mejor manera de limitar el ejercicio del poder político es haciendo constar en la Constitución los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder.²⁵¹

La Constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder político. Es decir, la razón de ser de toda Constitución es la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político, todo ello con el propósito de liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y

²⁴⁷ GARCÍA, 1997: 44-45.

²⁴⁸ PICARDI, 2009: 10-11.

²⁴⁹ LOEWENSTEIN, 1976: 149.

²⁵⁰ *Ibid ídem.*

²⁵¹ *Ibid ídem.*

asignarles una participación en el proceso del poder.²⁵² De allí que, en el artículo 16° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se declaró que «toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución».

Sin embargo, esta noción de Constitución va a perderse, con alguna excepción, por casi todo el siglo XIX en Europa Continental. Como dice GARCÍA, durante este tiempo la Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinado, dejando igualmente de ser una norma invocable ante los tribunales, pasando a ser teorizada como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento.²⁵³

En un contexto donde la Constitución es un mero documento político, carente de valor normativo, las leyes ocupan la posición más alta y, situadas en dicho lugar, no reconocerán la existencia por encima de ellas de ninguna regla jurídica que establezca límites a la labor de su creador:²⁵⁴ el legislador. En otras palabras, la ley deviene en un acto normativo supremo e irresistible al que no le es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera sea su forma o fundamento.²⁵⁵

Reducido el derecho a la ley, el ideal del constitucionalismo de limitar el ejercicio del poder político encontró en el principio de legalidad a su mejor herramienta. El poder debía ejercerse dentro de los marcos y límites establecidos por la ley. Así, no serían los hombres quienes gobernarían sino las leyes. Sin embargo, las leyes eran creaciones de los hombres y, eran estos quienes determinaban su contenido, debiendo sujetarse únicamente a los procedimientos establecidos para su elaboración.

Con el principio de legalidad convertido en un instrumento idóneo para hacer frente al ejercicio arbitrario del poder, se logró sujetar a la Administración Pública a la observancia de la ley; al mismo tiempo, se conminó a los jueces a decidir sus casos en estricta sujeción a la ley. Pero aún no se lograba limitar la labor del legislador.

²⁵² *Ibid*: 151.

²⁵³ GARCÍA, 1988: 42.

²⁵⁴ ZAGREBELSKY, 2008: 31.

²⁵⁵ *Ibid*: 24.

El legislador al ser el creador de las leyes no reconocía mayor límite a su accionar que seguir los procedimientos previstos en la ley, pudiendo legislar sobre cualquier cosa y en la forma que sea. De esta manera, la idea de un gobierno de las leyes y no de los hombres era bastante relativa, pues aún existía un poder que no reconocía sobre sí, límite alguno.

En este sentido, la definición de la ley así como su lugar en el sistema de fuentes se configuraba a partir del órgano del que procedía, esto es, del parlamento, único órgano al que se reconocía –y se reconoce en nuestros días– el poder legislativo. Así que la ley no podía ser vista más que como un acto a través del cual adquieren forma las decisiones del parlamento. Por consiguiente, al ser el parlamento el órgano superior del Estado por su legitimidad democrática, también la ley debe ser el superior acto jurídico, es decir a la supremacía política del parlamento corresponde la supremacía jurídica de la ley.²⁵⁶

Esto último –como precisa DE CABO- se traduce en los siguientes supuestos jurídicos: (i) la ley es una decisión del cuerpo legislativo, con independencia de su contenido; en cuanto expresión de la voluntad general, no puede estar sometida a límite o condición alguna; (ii) no existe autoridad alguna superior a la de la ley, de tal forma que los otros órganos del Estado ya no tienen poder sino competencias en los términos en los que la ley se la atribuya y; (iii) solo en nombre de la ley puede exigirse la obediencia, de manera que la nueva legitimidad es la legalidad, o sea, desaparece la legitimidad para dar paso a la legalidad.²⁵⁷

En este contexto, «la realización y la protección de los derechos correspondía incondicionalmente al legislador. La fuerza de la ley era lo mismo que la fuerza de los derechos».²⁵⁸ A razón de ello, no tenía lugar «el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario se produjo el control de legalidad de los derechos»,²⁵⁹ pues se creía que el legislador al encarnar la voluntad general del pueblo era justo, y como tal no podía lesionar los derechos individuales.²⁶⁰ De esta forma la cuestión principal no consistía en limitar el arbitrio del legislador sino en afirmar su autoridad

²⁵⁶ DE CABO, 2000: 29.

²⁵⁷ *Ibid*: 31.

²⁵⁸ ZAGREBELSKY, 2008: 52-53.

²⁵⁹ *Ibid*: 53.

²⁶⁰ FIORAVANTI, 2009: 73.

como expresión de la voluntad general, ya que, «cuanto más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y derechos».²⁶¹

Todo esto condujo a la realización histórica de un modelo de Estado gobernado según la voluntad general de la razón y orientado solo a la consecución del mayor bien general: el Estado [Legislativo] de Derecho. Con esta expresión se designará a «cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercidos en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos».²⁶² Es decir, un Estado en el que se excluya la eventual arbitrariedad pública y privada, y se garantice el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese.²⁶³

No obstante, esta fe ingenua en la ley y el principio de legalidad como garantes de los derechos, «ha sido tantas veces desmentida por la experiencia de los dos últimos siglos que más bien se ha transformado en la idea contraria: la ley es la primera amenaza –o la segunda, después del reglamento– para los derechos».²⁶⁴

En efecto, a partir del final de la primera guerra mundial, y hasta el surgimiento de las constituciones democráticas de la última posguerra mundial, el modelo decimonónico del Estado [legislativo] de derecho ha sufrido grandes transformaciones.²⁶⁵ Sin lugar a dudas, una de las más importantes, fue el descubrimiento –aunque tardíamente– de la supremacía de la Constitución, «bien como máxima forma de garantía de los derechos y libertades, bien como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales».²⁶⁶

Así todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, devienen en poderes limitados, cuyo ejercicio está vinculado al respeto de los principios y valores establecidos en la Constitución. En este nuevo escenario, «el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del Derecho; el juez ha salido de la alternativa „o ca muda“ o „juez legislador“; y la moral ya no penetra en el Derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre

²⁶¹ *Ibid idem.*

²⁶² FERRAJOLI, 2009: 13.

²⁶³ ZAGREBELSKY, 2008: 23.

²⁶⁴ PRIETO, 1998: 23.

²⁶⁵ FIORAVANTI, 2009: 127.

²⁶⁶ *Ibid*: 128.

Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación».²⁶⁷

De suerte que, «si la Constitución es una norma jurídica que impone derechos y obligaciones, parece del todo indispensable un sistema efectivo de tutela jurisdiccional, de modo no muy distinto a como nos parece indispensable en relación con el resto de la leyes».²⁶⁸ Así que, entre el carácter normativo de la constitución y la necesidad de su garantía jurisdiccional, emerge la figura del juez como guardián de la Constitución y de la constitucionalidad.

2.1. El juez como guardián de la Constitución y de la constitucionalidad.

HAMILTON consideraba que el Poder Judicial era, de entre los poderes del Estado, el más débil, pues debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos y libertades reconocidos en la Constitución; es decir, «su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige ni la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse en verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tenga eficacia sus fallos».²⁶⁹ Por ello dice HAMILTON, «no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo».

En virtud de ello, los derechos y libertades de los ciudadanos, no solo requieren de la independencia completa de los tribunales de justicia, sino que es particularmente esencial la existencia de una Constitución rígida, que contenga ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa. Estas prohibiciones solo pueden realizarse en la práctica a través de los tribunales de justicia, escribía HAMILTON.²⁷⁰ Así pues, resulta lógico pensar que la Constitución no ha facultado a los representantes del pueblo

²⁶⁷ PRIETO, 2005a: 23.

²⁶⁸ PRIETO, 2001: 24.

²⁶⁹ HAMILTON, 2010: 330-331.

²⁷⁰ *Ibid ídem.*

para sustituir su voluntad a la de sus electores, sino que ha concebido a los tribunales de justicia como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con el fin de asegurar la observancia de los límites impuestos a la actividad legislativa.²⁷¹

En atención a lo cual, la Constitución debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental; y al ser propia de las funciones de los jueces la interpretación de las leyes, a ellos les corresponde determinar su significado, así como el de cualquier otra ley. Prefiriendo en todo momento, en caso de discrepancia, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior. Es decir, «debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios».²⁷²

Mucho tiempo después, específicamente en la segunda postguerra, luego de un intento, en lo sustancial fallido, de la primera postguerra, se instaurara en Europa la justicia constitucional,²⁷³ y con ella arribará a nuestra tradición jurídica, la consideración de la Constitución norma jurídica, pero no como cualquier otra norma, sino como la más importante de todas.

Pues bien, la connotación que tiene la Constitución en nuestros días, responde a la confluencia de dos tradiciones que a lo largo de la historia han caminado separadas: en la primera, se concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, es decir, «como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes»²⁷⁴; así la contribución más resaltante de esta tradición vendría a ser la idea de la supremacía y la garantía jurisdiccional de la Constitución. En tanto que para la segunda tradición, la Constitución es vista como la encarnación de un proyecto político, ello quiere decir que no se limita a fijar las reglas de juego, sino que busca participar directamente en el mismo, condicionando las futuras decisiones colectivas; de

²⁷¹ HAMILTON, 2010: 332.

²⁷² *Ibid idem.*

²⁷³ GARCÍA, 1997: 47.

²⁷⁴ PRIETO, 2002: 111.

este modo, es el poder político de turno quien se encarga de realizar o frustrar las promesas contenidas en la Constitución.²⁷⁵

Para PRIETO «en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias».²⁷⁶

Así, reuniendo los elementos más característicos de cada tradición: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional, nos encontraremos frente a «una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador sino a los jueces».²⁷⁷

La constitución como norma, dice COMANDUCCI, presenta características específicas que la distinguen de otros documentos normativos, especialmente, de la ley. A partir de estas características la Constitución: (i) se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y modifica cualitativamente esa jerarquía, de tal manera que la legislación es percibida como desarrollo de la Constitución y es interpretada a la luz de esta; (ii) es un conjunto de normas, sean estas reglas o principios, los principios no son formulados siempre de modo expreso, por lo que pueden ser reconstruidos a partir del texto como prescindiendo de él; (iii) tiene una relación especial con la democracia, pues, por un lado, hay una conexión necesaria entre la democracia y la constitución, y por el otro, la Constitución funciona como un límite de la democracia entendida como regla de la mayoría; (iv) funciona como puente entre el derecho y la moral (o la política), puesto que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral, en un doble sentido: los principios constitucionales son principios morales positivizados, y la justificación en el ámbito jurídico no puede dejar de recurrir a principios morales; (v) se aplica a través del método de la ponderación, a diferencia de la ley, que se aplica por el método de la subsunción, ello debido a la presencia de principios.²⁷⁸

²⁷⁵ *Ibid*: 112-113.

²⁷⁶ *Ibid*: 114.

²⁷⁷ *Ibid*: 115.

²⁷⁸ COMANDUCCI, 2007: 52-53.

Por ello, la constitución no puede ser concebida como un trozo de papel, un simple documento político o un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino como «una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma „m s alta“, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte en su parámetro de validez».²⁷⁹

Bien vistas las cosas, se advierte que, en realidad, lo que se ha producido es una distorsión de la concepción del ordenamiento jurídico como una estructura jerárquica – esto es, que las normas que lo integran no se encuentran en el mismo plano, ya que están jerárquicamente ordenadas–;²⁸⁰ de este modo, la Constitución «no es sólo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social».²⁸¹

Ciertamente, la Constitución²⁸² de la que estamos hablando, es una Constitución que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico, condiciona la aplicación de la ley a su compatibilidad con los valores y principios constitucionales; asimismo, es una Constitución materializada, pues es susceptible de concretización a través de la interpretación. En términos más sencillos, es la ley de leyes, la más importante de todas, cuya efectividad está jurisdiccionalmente garantizada. Es decir, es una Constitución entrometida, que abarca todo el quehacer jurídico. Por eso, justificadamente, se dice que se trata de una Constitución que busca la limitación del poder político y la garantía de los derechos.

De allí que, la Constitución impone al legislador, por un lado, límites formales mediante los cuales se disciplinan el procedimiento de formación de la ley, de manera que el órgano legislativo no puede legislar si no es en conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución; por el otro, límites materiales que buscan vincular el contenido de las leyes futuras, prohibiéndose así al legislador la

²⁷⁹ GASCÓN y GARCÍA, 2005: 25.

²⁸⁰ GUASTINI, 2016a: 379.

²⁸¹ PRIETO, 2000: 173.

²⁸² Al respecto, ÁGUILO, 2004: 15 y ss.

aprobación de leyes que tengan un determinado contenido.²⁸³ Debido a ello, *por ejemplo*, el legislador no puede ver en los derechos fundamentales un límite negativo o un deber de respeto en el desarrollo de su función, sino que los debe estimar como una exigencia de desarrollo y concreción,²⁸⁴ toda vez que «el orden jurídico legítimo ya no será aquél que simplemente respeta los derechos, sino aquél que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos».²⁸⁵ Dicho de otro modo, «la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación».²⁸⁶

En ese sentido, «las actuales Constituciones principialistas asumen de forma resuelta la función de modelar el conjunto de la vida social, y por eso las relaciones entre legislación y jurisdicción ya no pueden presentarse de manera estrictamente jerárquica, sino de un modo más complejo que tampoco puede calificarse de simétrico: las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa éste último».²⁸⁷ Es decir, «la jurisprudencia ya no bebe en las fuentes constitucionales a través de la ley, sino que lo hace directamente, sobre todo en aquellas fuentes que incorporan los principios sustantivos y derechos fundamentales».²⁸⁸

Sea como fuese, lo que conviene ahora resaltar es que, considerar a la Constitución como norma trae consigo una serie de consecuencias, de todas ellas, una de la más importantes es que, los derechos proclamados en la Constitución son directamente aplicables, esto es, sin la necesidad de mediación legal.²⁸⁹

Ahora bien, la Constitución es una norma, pero no es una norma como las demás. Así pues, existe la necesidad de determinar en qué reposa la singularidad de la Constitución. En este sentido, a los efectos que aquí interesa, podemos considerarla resumida en tres notas esenciales, ya que a partir de ellas podremos apreciar porqué los jueces de un tiempo a esta parte se han convertido en guardianes de la Constitución y de

²⁸³ GUASTINI, 2000: 241.

²⁸⁴ ÁGUILO, 2004: 57.

²⁸⁵ ÁGUILO, 2004: 58.

²⁸⁶ ZAGREBELSKY, 2008: 40.

²⁸⁷ PRIETO, 2000: 174.

²⁸⁸ *Ibid ídem*.

²⁸⁹ ARAGÓN, 1997: 183.

la constitucionalidad. Conforme a estas notas la Constitución sería: una norma dotada de supremacía, una norma rígida y una norma de textura abierta.

a.- *Supremacía de la Constitución*

La Constitución, como dice HESSE, es el orden *jurídico fundamental de la Comunidad*, pues fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y asumir las tareas del Estado.²⁹⁰ Además, regula los procedimientos para resolver los conflictos que se generen al interior de la Comunidad; asimismo, fija la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal; y finalmente, sientan las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto.²⁹¹

Clarificando la noción de Constitución de Hesse, HÄBERLE²⁹² precisa que la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, «incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado constituido». En otras palabras, la Constitución no es sólo Constitución del Estado. Por ello, es deber de todos nosotros respetar, cumplir y defender la Constitución.²⁹³

Concebida así la Constitución, no existe mayor discusión en cuanto a que es la norma más importante del ordenamiento jurídico, por lo que al tener dicho ordenamiento una estructura jerárquica²⁹⁴, se entiende que la Constitución se encuentra en el vértice de la jerarquía de las normas. Ciertamente, la ubicación de la Constitución en la cima del ordenamiento responde a la función con la cual nació, a saber, limitar y vincular a los poderes públicos, regulando su ejercicio, estableciendo la separación de los poderes, y poniéndolos al servicio de la realización de la paz y la tutela de una serie de derechos fundamentales.²⁹⁵

²⁹⁰ HESSE, 2012: 43.

²⁹¹ HESSE, 2012: 43-44.

²⁹² HÄBERLE, 2003: 3.

²⁹³ Artículo 138 de la Constitución Política del Perú: “*Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.*”

²⁹⁴ Sobre la estructura jerárquica del ordenamiento puede verse entre otros: KELSEN, 2011: 90 y ss; GUASTINI, 2016a: 639 y ss.

²⁹⁵ FERRAJOLI, 2011a: 813.

Sin embargo, el posicionamiento de la Constitución en el vértice de la jerarquía normativa del ordenamiento, no puede conducirnos a identificar la *supremacía* de la Constitución con su ubicación jerárquica.²⁹⁶ Debido a lo cual existe la necesidad de distinguir la *supremacía* de la idea de la *jerarquía*. De acuerdo con esto, «*supremacía* no es *jerarquía*, esto es, no es mera superioridad de rango, porque –aunque la incluyera mucho más allá que ella. La *supremacía* alude nada menos que a la condición misma de la Constitución como *norma que funda o crea a la propia comunidad*, mientras que la *jerarquía* hace referencia tan sólo a su posición en el ordenamiento jurídico. Por eso la *jerarquía* existe entre cada escalón normativo y el siguiente y, en cambio, la *supremacía* existe entre la Constitución y el resto del Derecho, lo que equivale a decir entre la Constitución y todo el orden de decisiones y autoridades que ese Derecho contempla».²⁹⁷

Como bien dice GARRORENA, la supremacía es una cualidad singular de la Constitución, en la medida que alude a tres formas de ser de la norma fundamental, las mismas que solo esta posee. Estas particularidades de la Constitución no son otra cosa que: (i) su eficacia como norma fundamental de la comunidad política –o lo que es lo mismo–, su condición como única norma que funda o establece la comunidad y la hace existir para el derecho; (ii) su cualidad como derecho fundamental del Estado, es decir, como único derecho al que le corresponde fijar las reglas básicas del sistema político y del modelo institucional de convivencia del que hemos decidido dotarnos y; (iii) su posición como derecho superior al resto del derecho, cualidad eminentemente jurídica que la hace prevalecer sobre el resto. En este último caso, añade GARRORENA, se suele hablar de supremacía como suprallegalidad, comprendiendo así: (a) la jerarquía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento; (b) la capacidad de la Constitución para imponer criterios de valor a las demás normas; (c) y la aptitud de la Constitución para fundamentar la invalidez de las normas que la contradigan.²⁹⁸

Queda claro entonces que la Constitución como norma fundamental es superior a los actos del poder legislativo, ejecutivo o judicial, y a los de cualquier otro poder constituido –el Tribunal Constitucional, por ejemplo-. A partir de ello, cuando los jueces declaran la nulidad de una ley contraria a la Constitución «no están afirmando su

²⁹⁶ Cfr. PRIETO, 2013a: 157 y ss.

²⁹⁷ GARRORENA, 2011: 85.

²⁹⁸ GARRORENA, 2011: 85-86.

superioridad sobre el legislativo, sino que son instrumentos de la constitución, que se sirve de ellos con la finalidad de reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias, del poder originario del pueblo entero sobre el poder derivado del legislador, de las asambleas políticas, de la mayoría de turno».²⁹⁹

b.- *La rigidez de la Constitución*

Un lugar común en la doctrina es la distinción entre constituciones *flexibles* y constituciones *rígidas*. Así, se sostiene que una Constitución es *flexible*, cuando puede ser reformada o derogada por la ley ordinaria; mientras que será *rígida*, cuando el procedimiento para su reforma o derogación es distinta a la de las leyes ordinarias, es decir, debe tratarse de un procedimiento más complejo, de tal modo que únicamente podrá ser reformada o derogada por una ley constitucional.³⁰⁰ Es decir, solo se puede hablar de una Constitución *rígida* si se dificultan las reformas constitucionales dejándose poco espacio para la mutación de dicha norma fundamental.³⁰¹

Para GUASTINI esta distinción pese a ser clara y persuasiva, es bastante pobre, por lo que, sugiere que debe ser enriquecida con una tipología un poco más articulada, en la que se tome nota que: (1) es abstractamente posible (aunque bastante improbable) que una Constitución escrita prevea expresamente su propia revisión o modificación por parte de una ley ordinaria, una Constitución de este tipo seguramente será llamada flexible; (2) es también posible que una Constitución escrita prohíba de manera absoluta su propia revisión por parte de cualquier poder constituido, en otras palabras, se trata de una Constitución absolutamente inmodificable o petrificada; (3) la gran mayoría de las constituciones escritas de nuestros días, prevén y consienten la revisión constitucional, pero condicionándola a un procedimiento más complejo y/o agravado de aquel

²⁹⁹ FIORAVANTI, 2011: 109.

³⁰⁰ GUASTINI, 2016b: 167. En el sistema jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido un procedimiento distinto al de las leyes ordinarias para su reforma. Así, en el artículo 206° de dicha norma fundamental se establece que «*Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas*». En la práctica, dado que el congreso del Perú ésta integrado por 130 congresistas, para reformar la constitución se requiere una votación favorable de 87 congresistas en dos legislaturas ordinarias. La otra vía es obtener una votación favorable de la mayoría absoluta y su ratificación en un referendo. En cualquier caso, aprobada la reforma, es remitida al Presidente de la República para que la promulgue, a diferencia de lo que ocurre con la ley ordinaria, el Presidente no puede observarla y debe necesariamente promulgarla.

³⁰¹ HESSE, 2012: 51.

requerido para la aprobación de las leyes, precisamente son estas constituciones las que suelen ser denominadas como *rígidas*; (4) algunas constituciones *rígidas* que prohíben de manera categórica la revisión de alguna de sus disposiciones o normas, es decir, son en parte rígidamente e inmodificables; (5) ciertas constituciones escritas guardan absoluto silencio sobre la revisión constitucional, no la consienten ni la prohíben, estas constituciones puede ser tácitamente inmodificables, o inversamente, tácitamente flexibles.³⁰²

Así que, una Constitución es *rígida* porque su régimen jurídico es diferente a la de las leyes ordinarias y superior a ella; esto es, una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria.³⁰³ Por ello, la rigidez es un rasgo estructural de la Constitución generada por su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas. Ergo, «las constituciones son rígidamente por definición, en el sentido de que una constitución no rígida sino flexible, es decir, modificable en las formas ordinarias, no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria».³⁰⁴

La rigidez de la Constitución no se agota en el establecimiento de un procedimiento agravado de reforma, sino que además, exige la observancia de sus disposiciones como una condición necesaria para la validez de la ley. De tal forma que una ley que no sea conforme ni materialmente compatible con la Constitución, será una ley constitucionalmente ilegítima y, por tanto, inválida.³⁰⁵ Con esto surge la necesidad de alguna forma de control sobre la legitimidad constitucional de leyes, el mismo que tendrá carácter eminentemente jurisdiccional. Después de todo, «a falta de dicho control, la rigidez de la constitución es, por decirlo así, proclamada, pero no garantizada».³⁰⁶

Recuérdese que la ley no sólo es una garantía de los derechos al ser un instrumento para su desarrollo legislativo, sino que también puede convertirse en un factor de vulneración de los mismos, cuando el contenido de sus disposiciones se desvía del contenido de las disposiciones constitucionales o cuando adquiere un contenido

³⁰² GUASTINI, 2016b: 167-168.

³⁰³ ÁGUILO, 2004: 51.

³⁰⁴ FERRAJOLI, 2011b: 85.

³⁰⁵ GUASTINI, 2016a: 289-290.

³⁰⁶ *Ibid*: 290.

restrictivo más allá de lo constitucionalmente permitido.³⁰⁷ Debido a ello, es necesario que la Constitución prevea un mecanismo de control jurisdiccional sobre la leyes, toda vez que sin un mecanismo de este tipo, aun cuando se fijen procedimientos agravados para reformar las disposiciones constitucionales y se regule la actividad legislativa, eventualmente el legislador podría crear leyes en base a procedimientos distintos e inclusive afectando el contenido de la Constitución.

En definitiva, pueden considerarse garantizadas aquellas constituciones que no solo prevén un procedimiento agravado para su revisión, sino que además, prevén alguna forma de control de constitucionalidad de las leyes.³⁰⁸ Para GUASTINI, aun cuando en la historia constitucional de occidente se puede encontrar constituciones rígidas que carecían de mecanismos de control jurisdiccional sobre las leyes, la rigidez constitucional postula la garantía jurisdiccional de la Constitución, pese a ser diferente de aquella. Es decir, «la conexión entre justicia constitucional y rigidez de la constitución es evidente».³⁰⁹

En este sentido, «la justicia constitucional no es sino una técnica de garantía de la rigidez constitucional: una forma de expulsar del ordenamiento o, al menos, de hacer inaplicables las leyes que hayan sido aprobadas de manera diversa a lo prescrito por la constitución, o bien (y sobre todo) que pretendan modificar y/o contradecir la Constitución. Es más, se podría sostener que, en ausencia de justicia constitucional, la rigidez de la constitución, no estando garantizada, es ficticia o, por lo menos, imperfecta».³¹⁰

Por ello, aun cuando puedan existir objeciones –principalmente democráticas³¹¹- a la garantía jurisdiccional de la Constitución, lo cierto es que la existencia de constituciones rígidas trae consigo la imperiosa necesidad de contar con mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. En este escenario, se erige la figura del juez como guardián de la supremacía de la Constitución y de la constitucionalidad de las

³⁰⁷ PEÑA, 1997: 213.

³⁰⁸ GUASTINI, 2016a: 291.

³⁰⁹ GUASTINI, 2016b: 170-171.

³¹⁰ *Ibid*: 171.

³¹¹ Sobre el tema puede consultarse, entre otros, a: SCHMITT y KELSEN, 2009; WALDRON, 2005; SAGER, 2004; BELLAMY, 2010; WALUCHOW, 2009; FERRERES, 2012; LINARES, 2008.

leyes³¹²; labor que, dicho sea de paso, venían ejerciendo desde muchísimos años atrás los jueces norteamericanos. Poniéndose así en evidencia la cercanía que existe en la actualidad entre la labor desplegada por nuestros jueces –*principalmente de las cortes de vértice*– y la labor que normalmente realizan los jueces del *common law*, especialmente los jueces norteamericanos.

c.- La Constitución como norma abierta

AGUILÓ sostiene que la expresión constitución abierta puede interpretarse de múltiples maneras; de entre todas, es posible destacar a dos de ellas. Así, *por un lado*, Constitución abierta se usa «para designar a aquellas Constituciones (o concepciones de la Constitución) que permiten (en términos regulativos) la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la propia Constitución reconoce como fundamentales y permite también el cambio de estos, siempre y cuando dicha defensa y modificación se haga respetando los medios (procedimientos o formas de acción) que la propia Constitución prev u ofrece. Frente a ellas “cerradas” ser n las Constituciones (o concepciones de la Constitución) que no permiten (en términos regulativos) esa defensa de valores contrarios a la Constitución y, por tanto la modificación de estos».³¹³ En tanto que, *por otro lado*, una Constitución será abierta, «cuando permite (en términos regulativos) desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí que son plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas, sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma de la Constitución. Por el contrario, serán cerradas las constituciones que al tener un fuerte perfil político e ideológico no permite (en términos regulativos) desarrollos ideológicos diferentes entre sí sin previamente proceder a la modificación de la Constitución».³¹⁴

³¹² En el ordenamiento jurídico peruano se ha organizado de dos formas la garantía jurisdiccional de la constitución, por un lado se ha otorgado a todos los jueces la potestad de efectuar el control difuso de la leyes en su aplicación a los casos concretos, y por el otro se creado un tribunal especializado para que de manera concentrada, en instancia única realice el control de constitucionalidad de la leyes. Así, reza el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución que: «*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*». De otro lado, en el artículo 201° de dicha ley fundamental se establece que: «*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución*». Precisándose, el siguiente artículo -202°, inciso 1- que corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

³¹³ ÁGUILO, 2004: 129-130.

³¹⁴ *Ibid*: 131.

Como precisa AGUILÓ, en el primer sentido, la distinción entre constituciones abiertas y cerradas, al centrarse en la idea de modificabilidad de la Constitución en términos regulativos, se asemeja demasiado a la distinción entre constituciones rígidas y flexibles, por lo que debe ser abandonada. Diferentemente, en el otro sentido, la noción de constituciones abiertas y su oposición con las constituciones cerradas, se construye no a partir de la modificabilidad u inmodificabilidad de las constituciones, sino del desarrollo y la aplicación de las constituciones.³¹⁵ Justamente, es este último uso de la noción de Constitución abierta la que nos permite apreciar el rol que cumplen los jueces en el desarrollo -*vía interpretación*- y aplicación de la Constitución.

Pues bien, la gran mayoría de las disposiciones de una Constitución abierta poseen un alto grado de elasticidad, «una amplitud o apertura de sentido no imposible, pero sí inusual, en el resto del derecho».³¹⁶ Como dice GARRORENA, esta apertura de las disposiciones constitucionales se justifica en razón de dos condiciones inherentes a toda norma fundamental y a partir de las cuales debe ser entendida la misma. La primera cualidad de la Constitución es ser una Constitución democrática, esto es, comprometida con el pluralismo y con la existencia de posiciones diversas todas ellas igualmente constitucionales y legítimas. La perdurabilidad es la segunda de sus cualidades, pues las constituciones son sancionadas para perdurar, es decir, la aspiración constitutiva de toda Constitución es prolongar su vigencia a lo largo del tiempo, ello debido a que las disposiciones constitucionales surgen con el lógico deseo de dotar a los fundamentos de una estabilidad mayor que al resto del derecho.³¹⁷

El carácter abierto de las disposiciones constitucionales reafirma el rol normativo que la Constitución debe desempeñar al interior del ordenamiento jurídico, orientando los procesos de creación y aplicación del derecho, los mismos que serán vistos como actos de desarrollo constitucional. Dicho de otra manera, postular la idea de una Constitución abierta es «ser partidario de una Constitución que requiere desarrollo y que, por tanto, supone que el resto del orden jurídico es una concreción, una determinación de las guías constitucionales».³¹⁸

³¹⁵ *Ibid idem.*

³¹⁶ GARRORENA, 2011: 86.

³¹⁷ *Ibid idem.*

³¹⁸ ÁGUILO, 2004: 132.

Por lo demás, «son las fuertes necesidades de concreción del derecho constitucional las que han convertido también a los tribunales constitucionales en el factor más importante de mutación constitucional. Dicha mutación es consecuencia del hecho de que los autores de las normas constitucionales siempre las refieren a un estado indeterminado de la realidad o, más exactamente, a una determinada representación del estado de la realidad en la cual deben desarrollar sus efectos».³¹⁹

Esta ductibilidad de la Constitución responde a «la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir».³²⁰

Por muchos motivos, las constituciones contemporáneas propician «un inevitable grado de activismo judicial, al menos si examinamos la cuestión desde la perspectiva europea (no tanto norteamericana) donde el paradigma o ideal de juez sigue siendo el de un sujeto cuya boca pronuncia las palabras de la ley y, al menos cuando hay ley, sólo de la ley. Se podrá limitar el número de derechos fundamentales o, al menos, de derechos susceptibles de garantía judicial, o se podrá también alimentar una mentalidad autorestrictiva en la justicia constitucional, pero en la medida en que se reconozca -y hoy esto parece indiscutible en nuestros sistemas jurídicos- que todos los jueces pueden y deben aplicar directamente las cláusulas sustantivas de la Constitución a la resolución de todo tipo de conflictos, es difícil no ver en su actuación un serio competidor o una seria amenaza a la voluntad antes soberana del legislador, expresada a través de sus palabras y también de sus silencios».³²¹

2.2. La labor interpretativa del juez: de la disposición a la norma.

El derecho, afirma TRAZEGNIES, «es siempre un sistema de comunicaciones: la sociedad se conecta entre sí mediante comunicaciones vinculantes que van creando obligaciones y derechos con el objeto de dar coherencia a las conductas de los

³¹⁹ GRIMM, 2006: 37.

³²⁰ ZAGREBELSKY, 2008: 14.

³²¹ PRIETO, 2010: 473.

individuos». ³²² Estas comunicaciones suelen derivar su contenido del espíritu, los valores y principios que rigen una determinada cultura. ³²³ Por ello, con mucha razón se sostiene que, «el derecho constituye esquemas que son condición para poder pensar, comprender y predecir de ciertos acontecimientos del mundo, así como para participar activamente en el mismo». ³²⁴

La fuente de esos esquemas está en el lenguaje, ya que «derecho significa un sistema de normas de cierta índole, las cuales son una clase de proposiciones lingüísticas». ³²⁵

En otras palabras, «al regular la conducta humana, las normas jurídicas usan palabras, signos lingüísticos que deben expresar el sentido de aquello que debe ser. Este uso oscila entre el aspecto *onomasiológico* de la palabra, esto es, el uso corriente para la designación de un hecho, y el aspecto *semasiológico*, esto es, su significación normativa. Los dos aspectos pueden coincidir, pero esto no siempre ocurre. El legislador usa vocablos que saca del lenguaje cotidiano, pero frecuentemente le atribuye un sentido técnico, apropiado para la obtención de la disciplina deseada». ³²⁶ Por lo que, aplicar el derecho siempre implicará interpretarlo; pues, toda norma planteada en un texto jurídico tiene que ser comprendida antes de poder ser aplicada. ³²⁷

A todo esto, debemos tener en cuenta que el término *interpretación* puede ser empleado para aludir, bien a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad), bien al resultado o producto de esta actividad (interpretación-producto). ³²⁸

Ahora bien, pueden ser objeto de interpretación un acto o comportamiento humano, un evento o acontecimiento histórico y un texto: (i) Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, interpretar puede significar hacer conjeturas alrededor de los propósitos, las razones o las intenciones de un sujeto agente; subsumir cierto acto o comportamiento bajo una clase de actos o comportamientos; y

³²² TRAZEGNIES, 2003:2.

³²³ *Ibid idem*.

³²⁴ CÁCERES, 2000b:11.

³²⁵ *Ibid idem*.

³²⁶ FERRAZ, 2009: 227.

³²⁷ MACCORMICK, 2016: 215.

³²⁸ GUASTINI, 1999a: 202-203.

calificar un acto según el esquema de calificación ofrecido por una norma. (ii) Mientras que cuando se habla de interpretar un evento o acontecimiento histórico, normalmente interpretar significa hacer conjeturas sobre una relación de causa-efecto entre un hecho cierto condicionante y un hecho condicionado. (iii) Finalmente, cuando se habla de interpretar un texto, o un discurso, interpretar significa atribuir significado a un fragmento del lenguaje.³²⁹

Obviamente, la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual, pues consiste en atribuir sentido a un fragmento del lenguaje. Por eso, «el vocablo „interpretación“ denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo».³³⁰

Pues bien, constituyen ya un lugar común, atribuir al término *interpretación* en el contexto jurídico, tres sentidos claramente diferenciados. Así, se puede hablar de interpretación *sensu larguísimo*, interpretación *sensu largo* e interpretación *sensu estricto*. Como describe ITURRALDE, por interpretación *sensu larguísimo*, se entiende a la atribución de significado a objetos culturales, es decir, a los enunciados jurídicos entendidos como producto de una determinada cultura; mientras que interpretación *sensu largo*, alude a la atribución de significado a las formulaciones lingüísticas, entendidas como particulares objeto culturales; por último, la interpretación *sensu estricto*, parte de la distinción entre expresiones claras y oscuras, reservando así el término interpretación para las segundas, de tal forma que interpretar es atribuir significado a formulaciones lingüísticas oscuras.³³¹

En efecto, interpretar en sentido estricto es atribuir significado a un texto normativo. Esta atribución de significado puede ser, según los casos, un acto cognitivo, un acto decisorio o un acto de creación normativa. Así que debemos distinguir entre: (a) la *interpretación cognitiva* o interpretación-conocimiento, consiste en identificar los posibles y diferentes significados de un texto normativo, sin llegar a escoger alguno de ellos; (b) la *interpretación decisoria* o interpretación-decisión, consiste en elegir un determinado significado entorno a los significados identificados o identificables por

³²⁹ GUASTINI, 2014a: 23-24.

³³⁰ GUASTINI, 1999b: 2-3.

³³¹ ITURRALDE, 2014: 26-27.

medio de la interpretación cognitiva, es decir, se trata de escoger un significado y descartar los remanentes; (c) *interpretación creativa* o interpretación-creación, consiste en atribuir a un texto un significado distinto a los significados identificados por medio de la interpretación cognitiva, en otras palabras, la interpretación consiste en introducir un significado nuevo o inusual.³³²

De ello se desprende que, «la interpretación cognitiva es una operación puramente científica, privada de cualquier efecto práctico, mientras que la interpretación decisoria y la interpretación creativa son operaciones „políticas“ (en sentido amplio de política de derecho), que pueden ser cumplidas tanto por un jurista, como por un órgano de aplicación».³³³ La interpretación efectuada por un órgano de aplicación es auténtica y, como tal, provista de consecuencias jurídicas.

GUASTINI subraya que la interpretación creativa, en la mayoría de los casos, consiste en extraer de un texto normativo normas implícitas por medio de argumentos pseudo-lógicos, es decir, mediante razonamientos no deductivos y, por tanto, no estrictos y concluyentes, por lo que, en realidad, no se trata de un acto de interpretación sino de un verdadero acto de creación normativa, por ello sería más apropiado hablar de construcción jurídica y no de interpretación.³³⁴ Bien vistas las cosas, la interpretación creativa consiste en construir a partir de normas expresamente formuladas por las autoridades normativas, normas implícitas que ninguna autoridad normativa ha formulado, ello quiere decir, que se trata de normas sobre las que no se puede afirmar que constituyen el significado de una determinada disposición.³³⁵

En este orden de cosas, está claro que cualquier persona puede llevar a cabo una actividad interpretativa, siendo para ello suficiente que asigne un significado a un texto normativo. No obstante, que muchos pueden ser los intérpretes de los textos normativos, solo alguno de ellos se dedican a la aplicación del derecho: los jueces, principalmente. En efecto, los jueces realizan una actividad interpretativa antes de poder aplicar el derecho, por eso «puede decirse, pues, que no existe aplicación sin interpretación,

³³² GUASTINI, 2010: 77-78; 2016a: 585-586.

³³³ GUASTINI, 2010: 79.

³³⁴ *Ibid ídem.*

³³⁵ *Ibid:* 81.

aunque puede darse perfectamente el caso en que existan interpretaciones sin aplicación».³³⁶

Ahora bien, la interpretación judicial puede ser definida como «una interpretación „orientada a los hechos“, en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca la solución. Los jueces, en suma, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo “en abstracto” sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de cierta norma».³³⁷

Después de todo, no debemos olvidar que la tarea del juez no comienza con la atribución de significado a un enunciado normativo, aun cuando sea este el momento central de su labor, por cuanto es necesario que previamente verifique algunas operaciones que pueden presentar cierta dificultad *-tales como cualificación jurídica provisional de los hechos, la individualización de la norma o segmento normativo relevante-*, las mismas que normalmente condicionarán o prejuzgarán el resultado final. Es decir, se trata de un quehacer en el que se entrecruzan apreciaciones fácticas y normativas, toda vez que los hechos serán ponderados a la luz de criterios legales y estos, a su vez, identificados en función de los hechos.³³⁸

Por otra parte, es innegable el carácter discrecional de la interpretación, así como la presencia de componentes ideológicos y subjetivos en la misma. Por ello, como dice WRÓBLEWSKI, el juez frecuentemente no puede abstenerse de realizar valoraciones ni en la interpretación de las leyes, ni en de las pruebas, ni al determinar las consecuencias jurídicas de los hechos del caso; pues aun cuando las normas marcan los límites para que el juez pueda encontrar la solución más justa o la más adecuada para el caso en concreto, tales límites no restan al juez la capacidad de elegir en el marco de los mismos la decisión del caso.³³⁹ De allí que, las valoraciones juegan un papel muy importante en la aplicación del derecho. Tanto es así, que «solamente en una situación más bien artificial y rara, la decisión es tomada sin intervención de las valoraciones: si la norma aplicada es “isomorfa” a los hechos del caso y no hay necesidad de una interpretación

³³⁶ MORESO y VILAJOSANA, 2004: 176.

³³⁷ GUASTINI, 1999b: 20.

³³⁸ PRIETO, 2005b: 180.

³³⁹ WRÓBLEWSKI, 2013: 67.

operativa; si los hechos del caso están determinados de una forma descriptiva, simple y positiva; si la norma aplicada determina sólo una consecuencia o, al menos, si las directivas de elección no exigen valoraciones y determinan completamente la decisión final. Pero es la valoración quien decide que la norma aplicada es clara y adecuada para el caso. Por lo tanto, con base en los análisis de la aplicación del derecho se debe aceptar la tesis de que esta aplicación es un proceso valorativo».³⁴⁰

Junto a todo esto aparece también la tendencia a distinguir entre disposición y norma, distinción bajo la cual se hace más evidente el carácter discrecional de la interpretación y, sobre todo, se pone en evidencia la confluencia que existe en nuestros días entre la actividad desplegada por los jueces del *civil law* y sus pares del *common law*.

Por lo general, como anota CRISAFULLI, en el lenguaje legislativo, entre los juristas prácticos y la doctrina, *disposición* es un vocablo asumido como sinónimo de *norma*; debido a ello, se habla con mucha frecuencia de disposiciones o normas constitucionales, legislativas y reglamentarias; de la disposición o de la norma situada en un determinado artículo, en una parte de un artículo de un acto legislativo, o bien resultante de varios artículos o partes de artículos o de varios actos legislativos coordinados entre ellos.³⁴¹

De cualquier modo, es importante trazar una línea demarcatoria muy clara entre un enunciado de las fuentes normativas –*texto normativo*– y su significado –*contenido de sentido*–. De manera que, entenderemos que una *disposición* es todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho; mientras que identificaremos como *norma* al significado atribuido a una disposición, esto es, a su contenido de sentido.³⁴²

Así, en tanto que la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma constituye su resultado. En otras palabras, «objeto de la interpretación no es una “norma” sino un texto (o un comportamiento). Es a sí mismo en la interpretación del texto (o del comportamiento) y, por tanto, es basándose en un dato que puede considerarse „pasado“ o „histórico“ como se formula la norma».³⁴³ Es

³⁴⁰ *Ibid*: 72.

³⁴¹ CRISAFULLI, 2011: 67.

³⁴² GUASTINI, 2016a: 86.

³⁴³ ASCARELLI, 2011: 21.

decir «la norma vive como „norma“ solo en el momento en el cual recibe aplicación y, por eso, precisamente toda aplicación de una norma exige la interpretación de un texto (o de un comportamiento), esto es, en realidad la formulación (a fines de aplicación) de la norma».³⁴⁴

Con todo, debemos tener en cuenta que, a las disposiciones no se les puede asociar un único significado correcto, contrario a ello, una disposición puede expresar más de una norma, es decir, una multiplicidad de normas conjuntas. De esa variedad de normas, corresponde al juez elegir la que mejor calce con su caso. En definitiva, «la ley aplicada por el juez puede concederle un campo de libertad de elección más o menos restringido, pero en la práctica no puede eliminar la actividad valorativa del juez»,³⁴⁵ y con ello, el margen de discrecionalidad con el que cuenta siempre para interpretar y aplicar el derecho.

Por añadidura, en base a esta distinción se puede hacer uso de la expresión *creación de derecho*, para referirnos «sea a la producción de enunciados, típica de la legislación (en sentido material), sea, a la producción de significados, que es propia de la interpretación».³⁴⁶ Así, «en ningún caso se puede decir que los jueces crean derecho *en el mismo sentido* en que decimos que crea derecho la legislación».³⁴⁷ De esta manera, en función del contexto, la expresión *creación de derecho* puede referirse, por un lado, a la producción de textos y, por el otro, a decidir su significado; actividades que al decir de GUASTINI son evidentemente diversas, tanto como escribir y leer.

En este sentido, se puede afirmar que: (1) los legisladores –en sentido material– crean disposiciones, pues a través de la legislación, una actividad típicamente creativa, no se producen normas sino disposiciones; (2) la interpretación puede ser cognitiva, decisoria o creativa, de todas estas, la interpretación creativa al asignar un significado que no cae dentro de la cornisa de los significados posibles, constituye más que una interpretación una construcción jurídica, esto es, la creación de una norma inexpressa, por tanto, se trata de una operación bastante análoga a la legislación –en sentido material–, aun cuando no asuma su forma ni consista en la formulación de una disposición; (3) en algunas ocasiones los órganos de aplicación construyen lagunas en el

³⁴⁴ *Ibid idem.*

³⁴⁵ WRÓBLEWSKI, 2013: 83.

³⁴⁶ GUASTINI, 2016a: 598.

³⁴⁷ *Ibid idem.*

ordenamiento, y buscan llenarla elaborando una norma nueva inexpressa, aquí también no se puede hablar de interpretación sino de construcción jurídica; (4) la creación de disposiciones por el legislador no solo se reduce a la introducción de nuevas disposiciones, sino también, implica la eliminación de disposiciones preexistentes mediante abrogación expresa; (5) a veces los jueces constitucionales pueden crear derecho a nivel de disposiciones, pero solo eliminando disposiciones preexistentes, sobre cuya invalidez o ilegitimidad se pronuncia mediante una sentencia estimatoria; (6) estos mismos jueces, otras veces crean derecho a nivel de normas, dejando intactas las disposiciones existentes, pero eliminando normas –expresas o inexpressas– preexistentes, sobre cuya invalidez o ilegitimidad se pronuncia mediante una sentencia interpretativa estimatoria; y (7) finalmente, en algunos ordenamientos –como el peruano– los jueces constitucionales crean derecho a nivel de normas, añadiendo al ordenamiento normas inexpressas, o bien sustituyendo normas expresas con normas inexpressas, mediante sentencias adicionantes y sustitutorias.³⁴⁸

Se intuye de esto que, aun cuando la actividad interpretativa del juez, en muchos casos, asemeja su labor a la del legislador. Ello no quiere decir que se pueda asimilar la labor creativa del juez a la del legislador, pues los contextos de creación en uno y otro caso son distintos. Pero no solo eso. Sino que además, los mecanismos de control por parte de la sociedad son diferentes. Así, «cuando no se trata de actividad interpretativa o aplicativa de preexistentes formulaciones normativas, sino de la formulación misma de las normas reguladoras de la vida social en enunciados, el control social no se ejerce sobre los procedimientos intelectuales y sobre los razonamientos; más bien –cuando hay tal control– se ejerce exclusivamente sobre los procedimientos y mecanismos a través de los cuales se atribuye algún poder y la autoridad de formular y emitir normas. En otras palabras, dice TARELLO, el control social específico de las actividades de interpretación y aplicación se manifiestan solo en aquellas sociedades en que hay una distinción de roles –aun si no necesariamente una distinción rígida– entre quien formula las normas y quien las aplica, las interpreta»³⁴⁹, entre el rol del legislador y el rol de los aplicadores e intérpretes.

³⁴⁸ *Ibid*: 599-602.

³⁴⁹ TARELLO, 2013: 85.

En suma, «la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho».³⁵⁰

2.3. La interpretación jurisdiccional de la constitución: el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución.

En nuestros días, el carácter normativo de la Constitución es un asunto agotado, pues no se puede negar que la Constitución es norma jurídica y, como tal, vincula. La Constitución recoge en sus disposiciones al conjunto de valores, derechos y principios que limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos; tarea que solo puede ser realizada por la Constitución si es percibida como la norma fundamental de la sociedad y del Estado, esto es, como la norma cuya supremacía obliga a la observancia de sus disposiciones y, que además, está jurisdiccionalmente garantizada. Así, se entiende que la supremacía de la Constitución denota, por un lado, que esta presida el ordenamiento jurídico³⁵¹ y, por el otro, que ningún acto de los poderes públicos³⁵² o de la comunidad en general³⁵³ puede vulnerarla válidamente.

La organización de la garantía jurisdiccional de la Constitución, en nuestro caso, nos muestra que el Tribunal Constitucional no asume monopólicamente la función de controlar la conformidad de la ley a las disposiciones constitucionales. Pues, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deberán de preferir la primera. De allí que, mientras el Tribunal Constitucional ostenta el poder de juzgar la legitimidad constitucional de las leyes, a través del *control concentrado*; el resto de jueces puede dejar de aplicar la ley, cuando advierta que esta es contraria a la Constitución, por medio del *control difuso*.

De ahí que, «el control jurisdiccional aparece, pues, como algo absolutamente necesario para el concepto y la existencia misma de la Constitución».³⁵⁴ Toda vez que la

³⁵⁰ HABERMAS, 2010: 311.

³⁵¹ «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado» (*artículo 51 de la Constitución peruana*).

³⁵² «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (*artículo 45 de la Constitución peruana*).

³⁵³ «Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación» (*artículo 38 de la Constitución peruana*).

³⁵⁴ ARAGÓN, 1986: 135-136.

Constitución no podría sobrevivir sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional.³⁵⁵ Justamente, «la ausencia de una “fase judicial” para la Constitución es el motivo por el cual, durante mucho tiempo, hasta la creación de las jurisdicciones constitucionales, se negó que el derecho constitucional fuese un derecho de pleno título. La inexistencia de una jurisdicción con capacidad de interpretar y aplicar la Constitución obligaba a que sus normas se retirasen de un limbo impreciso denominado antiguamente „derecho pol tico“, oxímoron en el que el adjetivo, en su acepción más inmediata, contradice el sustantivo».³⁵⁶

La interpretación constitucional, sin lugar a dudas, es consustancial al análisis de constitucionalidad de las leyes, pues «la ilegitimidad constitucional de las disposiciones legislativas no puede ser apreciada plenamente „en a stracto“; vale decir, antes de que ellas sean interpretadas y concretamente aplicadas a supuestos de hecho individuales».³⁵⁷ Es decir, «este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas».³⁵⁸

Así, en un contexto en el que la Constitución puede ser interpretada por cualquiera, se trate de un juez, un jurista, un abogado o el ciudadano de a pie, es necesario identificar a aquellos cuya interpretación produce efectos jurídicos, es decir, a sus intérpretes privilegiados.³⁵⁹ En general, estos intérpretes son los órganos competentes para aplicarlo, especialmente aquellos competentes para aplicarlo en última instancia, aquellos cuyas decisiones interpretativas no pueden ser contradichas o revocadas por quienquiera que sea.³⁶⁰

La interpretación de la Constitución y, su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, la realizan todos los órganos jurisdiccionales. Por ello, el

³⁵⁵ *Ibid ídem.*

³⁵⁶ ZAGREBELSKY, 2014: 138.

³⁵⁷ GUASTINI, 2016a: 295.

³⁵⁸ STC N° 0030-2005-PI/TC –Caso: “Ley que esta lece la Barrera Electoral” F. J. 45.

³⁵⁹ GUASTINI, 2014: 311.

³⁶⁰ *Ibid ídem.*

Tribunal Constitucional no es, en cumplimiento de esta tarea, el único intérprete, aunque sí el supremo.³⁶¹

Pues bien, en nuestro país no existe –normativamente hablando– una relación de jerarquía al interior del poder jurisdiccional, pero sí existe una jerarquía funcional. Por ello, aun cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, reconocemos que el poder constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional.³⁶²

En este sentido, por medio de los procesos constitucionales el Tribunal Constitucional es el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos; es decir, el Tribunal Constitucional al interior del poder jurisdiccional está llamado a proteger en definitiva la supremacía normativa de la Constitución, al ser su órgano supremo de protección y, por ende, su supremo intérprete. No es su único intérprete, pero sí el supremo.³⁶³

Para BLUME, la supremacía que ostenta el Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución, es inherente a su calidad de órgano de control concentrado de constitucionalidad, puesto que los efectos de dicho control son «anulatorios *erga omnes* de la norma considerada inconstitucional y el nivel de aquella, sólo puede ser viable si su titular realiza una interpretación oponible con éxito a cualquier otra interpretación de la Constitución, provenga de quien provenga».³⁶⁴ Por eso, «el carácter de intérprete supremo de la Constitución que corresponde al Tribunal Constitucional peruano, está dado por su propia naturaleza, de ser órgano de control concentrado de constitucionalidad de normas de rango superior; no por la mención expresa que pudiera haberse efectuado al respecto en la Constitución de 1993, que, como bien se sabe, omite calificarlo como tal».³⁶⁵

³⁶¹ ARAGÓN, 2007: 32.

³⁶² STC N° 0030-2005-PI/TC –Caso: “Ley que esta lece la Barrera Electoral” F. J. 46.

³⁶³ *Ibid idem*.

³⁶⁴ BLUME, 1996: 175-176.

³⁶⁵ *Ibid*: 176.

Queda claro entonces que «el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y esa interpretación vincula a todos los órganos judiciales, tanto cuando aplican directamente la Constitución (anulando actos o reglamentos) como cuando la aplican indirectamente interpretando la norma de conformidad con ella».³⁶⁶ Siendo así, no existe razón alguna para que los jueces se sientan invadidos en sus competencias cuando el Tribunal Constitucional aplicando la Constitución rectifica una determinada interpretación de la ley que estos hubiesen venido realizando.³⁶⁷

Ciertamente, como apunta ARAGÓN, el Tribunal Constitucional debería de regirse por una doble máxima: en su actividad de control, de la emanación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del legislador; y en su actividad de control, de la aplicación constitucional de las leyes, en caso de duda, a favor del Poder Judicial.³⁶⁸

La existencia de una Constitución normativa y sustancial, es decir, una Constitución que lo impregna todo, que no solo se limita a señalar los límites para el ejercicio de poder, sino que delimita a través de los valores incorporados en ella los contenidos de las aludidas actuaciones; requiere de un aliado, de alguien que la interprete y la concrete: el juez constitucional. Las disposiciones constitucionales suelen construirse a partir de conceptos indeterminados, cuya concreción habrá de ser efectuada por el juez, empero, ello no significa que el intérprete podrá actuar de manera arbitraria, esto es, dándole el contenido que mejor le parezca, sino en atención a los valores y principios explícitos e implícitos de la norma fundamental, y sobre todo, siguiendo la interpretación de su intérprete más autorizado: el Tribunal Constitucional.

Esto último, atendiendo a que «el Tribunal Constitucional incide en la dirección política del Estado ya que su función es interpretar y aplicar con carácter supremo el Derecho constitucional, es decir, un Derecho de contenido político al menos en el sentido de que establece los principios configuradores de la unidad política nacional, normativiza los valores en que ésta se sustenta, establece los límites y directrices para la acción estatal y, a través de la institución de órganos, de la determinación de sus

³⁶⁶ ARAGÓN, 2007: 37.

³⁶⁷ *Ibid*: 39.

³⁶⁸ *Ibid ídem*.

competencias y del sistema de las relaciones entre ellos, regula la estructura y las funciones políticas del Estado».³⁶⁹

Por tanto, de entre todos los intérpretes de la Constitución, el Tribunal Constitucional ocupa un lugar preeminente, ya que la norma constitucional ha ideado la existencia del Tribunal Constitucional como su intérprete supremo. De tal forma que, las interpretaciones del Tribunal Constitucional tienen la vocación de vincular a los otros intérpretes de la Constitución, pues mientras los otros intérpretes se encuentran también vinculados por la ley, el Tribunal Constitucional únicamente se encuentra vinculado a la Constitución.

3. LA TEORÍA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL PERUANO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las sentencias en materia constitucional son aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción constitucional, a través de las cuales se pone fin a una litis, ya sea reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal de un acto administrativo.³⁷⁰

Para el Tribunal Constitucional por medio de estas decisiones se cautelan la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales.³⁷¹ Por lo que, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de grupo, ya que al resguardar los principios y valores contenidos en la Constitución, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.³⁷²

Para lograr que los efectos de sus decisiones se propaguen más allá del caso particular, el Tribunal Constitucional³⁷³ (en adelante TC) estipula que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos:

- *La razón declarativa-axiológica* es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

³⁶⁹ GARCÍA, 1981: 24.

³⁷⁰ STC N° 0024-2003-AI/TC: la sentencia en materia constitucional.

³⁷¹ *Ibid ídem.*

³⁷² *Ibid ídem.*

³⁷³ *Ibid ídem.*

-*La razón suficiente* expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable. Es decir, la razón suficiente es aquella consideración determinante que el TC ofrece para decidir, estimativa o desestimativamente, una causa de naturaleza constitucional; en otras palabras, es la regla o principio indispensable para resolver la *litis*. En fin, se trata del fundamento directo de la decisión que eventualmente puede manifestar la base de un precedente vinculante. La razón suficiente –precisa el supremo intérprete de la Constitución– puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

-*La razón subsidiaria o accidental* es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

-*La invocación preceptiva* es aquella parte de la sentencia en donde se consignan la norma del bloque de constitucionalidad utilizada e interpretada, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

-*La decisión o fallo constitucional* es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u accidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

3.1. El precedente como regla jurídica expuesta en un caso particular

Para el TC la introducción en nuestro sistema jurídico del concepto de *precedente constitucional vinculante*, trajo consigo la atribución de dos funciones básicas a dicho órgano jurisdiccional; «por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio TC en casos futuros».³⁷⁴

En este último caso, la función del TC es proactiva en la medida que a través del precedente busca orientar la interpretación y aplicación del derecho por parte de la sociedad civil, el propio Tribunal y todos los órganos jurisdiccionales.³⁷⁵

Ahora, como subraya DYER, el TC reconoce que el precedente constitucional descansa sobre dos valores importantes: (i) la posibilidad de dotar de coherencia y uniformidad a la jurisprudencia y, (ii) el hecho de que pone de manifiesto el poder normativo que detenta el TC.³⁷⁶

³⁷⁴ STC N° 03741-2004-AA. F. J. 36.

³⁷⁵ Cfr. MITIDIERO, 2016a: 95.

³⁷⁶ DYER, 2015: 253.

En este contexto, el Supremo Intérprete de la Constitución define al precedente constitucional vinculante como «aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el TC decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga».³⁷⁷

Por ello, el precedente constitucional vinculante tiene, por su condición de tal, efectos similares a una ley. En otras palabras, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.³⁷⁸

En el fondo, aclara el TC, sentar un precedente constitucional trae consigo el deber de que «ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, los futuros casos semejantes deben ser resueltos según los términos de dicha sentencia».³⁷⁹

3.2. El precedente constitucional peruano tiene una connotación distinta al precedente del *common law*

Según el TC el precedente judicial en el *common law* «se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial».³⁸⁰ A partir de esta afirmación, se señala que el precedente judicial tiene efecto vinculante básicamente respecto de los jueces. O sea, cualquiera que invoque un precedente, para que este logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo a un caso concreto.³⁸¹

Es importante advertir que, en el *common law*, se oscila distinguir dos maneras diferentes en las cuales surge la obligación de seguir los precedentes: por un lado, aquella que suele llamarse *precedentes verticales*, en virtud de la cual se espera que los tribunales inferiores obedezcan las decisiones previas de sus superiores; por el otro, los tribunales no solo están obligados a seguir las decisiones de los tribunales superiores, sino que además, están obligados a seguir sus propias decisiones, aquí estamos frente a

³⁷⁷ STC N° 0024-2003-AI/TC, la jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante.

³⁷⁸ *Ibid idem.*

³⁷⁹ *Ibid idem.*

³⁸⁰ STC N° 03741-2004-AA. F. J. 48.

³⁸¹ *Ibid idem.*

los denominados *precedentes horizontales*. De ahí que no se puede afirmar que en el common law el precedente judicial se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical.³⁸²

Por otro lado, no es cierto que en el *common law* el precedente judicial vincule únicamente a los jueces, ya que los precedentes judiciales en materia constitucional – *por ejemplo*– no son vistos como evidencia de derecho, sino como sinónimos de derecho. A partir de ello, estos precedentes ostentan cierta supremacía dentro del derecho, de tal manera que su desplazamiento sólo se producirá a través de una enmienda constitucional o su anulación por la Corte Suprema³⁸³. Es decir, el precedente judicial en materia constitucional no solo vincula a los jueces, sino también al legislador quien no puede anularlo a través de un *statute*.

Para los legisladores, el precedente judicial puede ser un contexto definitorio importante o una limitación estratégica que tiene que ser respetado para evitar una confrontación con la corte.³⁸⁴ En el mismo sentido, las personas se desenvuelven y regulan sus intereses confiados en las decisiones judiciales anteriores.³⁸⁵

El precedente constitucional en nuestro sistema, resalta el TC, tiene efectos más generales, debido a que «la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las decisiones del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tiene efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares».³⁸⁶ Todo esto a fin de evitar que la Constitución quede desprotegida ante la posibilidad de que cualquier entidad, funcionario o persona se resista a cumplir una decisión de su supremo intérprete.

Aquí, cabe preguntarnos ¿en el sistema jurídico norteamericano cualquier entidad, funcionario o persona puede resistirse a cumplir una decisión de la Corte Suprema? La respuesta, obviamente, es no. Si no pueden resistirse a cumplir con las

³⁸² SCHAUER, 2013: 51-52.

³⁸³ GERHARDT, 2005: 944.

³⁸⁴ *Ibid*: 990.

³⁸⁵ LEVIN, 2013: 1038.

³⁸⁶ STC N° 03741-2004-AA. F. J. 49.

decisiones de la Corte Suprema, quiere decir entonces, que están vinculados por estas decisiones, pues de lo contrario, podrían fácilmente resistirse acatarlas.

En definitiva, resulta insostenible la afirmación de que los precedentes judiciales en el *common law* solo tienen carácter vinculante frente a los jueces, toda vez que, una cosa es que el extremo vinculante de una decisión judicial deba ser determinado por el juez o tribunal posterior, y otra, que una vez determinado dicho extremo, este pueda desplegar sus efectos más allá del caso particular.

3.3. El precedente constitucional tiene los mismos efectos de una ley

Las reglas y decisiones contenidas en las sentencia emitidas por el Tribunal, *prima facie*, deben de ser cumplidas y ejecutadas en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

Así, en palabras del TC, «en cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos. Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis. Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto los citados quedan “atados” en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante».³⁸⁷

En relación a los efectos en el tiempo, los precedentes constitucionales pueden ser no retroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.³⁸⁸ Es decir, las sentencias no necesariamente surtirán todos sus efectos de manera inmediata, sino que los mismos estarán sujetos a lo que se disponga en la misma sentencia.

En este sentido, el TC puede diferir los efectos de sus decisiones. A través de esta técnica se suspenden durante algún tiempo las consecuencias jurídicas de una decisión, atendiendo los alcances que tendrá en los ámbitos político, económico y social. En términos más sencillos, se evita corregir un mal creando otro mal, cuando

³⁸⁷ STC N° 0024-2003-AI/TC: los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante.

³⁸⁸ *Ibid ídem*.

dicho mal puede ser eludido suspendiendo temporalmente los efectos del precedente vinculante.³⁸⁹

Ahora bien, los efectos diferidos de las decisiones del Supremo Intérprete de la Constitución, se ponen de manifiesto por medio de las sentencias exhortativas y de las sentencias que contienen un precedente vinculante de eficacia diferida.

En esta última sentencia, el Tribunal Constitucional hace uso de la técnica *prospective overruling*, en virtud de la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos revoca un precedente y, al mismo tiempo, establece que la nueva regla se aplicará solo a los casos futuros;³⁹⁰ es decir, por medio del *prospective overruling* la Corte Suprema regula los efectos de sus decisiones a efectos de proteger la confianza depositada en las decisiones anteriores.

De otro lado, dependiendo del proceso en el que son emitidas, las decisiones del TC pueden tener efectos *ex nunc* o *ex tunc*. Por ello:

«a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*. b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*. c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad. d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 ° y 74 ° de la Constitución».³⁹¹

Para el TC, sus sentencias «son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie, su nulidad».³⁹² A partir de ello, «una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando

³⁸⁹ *Ibid ídem*.

³⁹⁰ PASSANANTE, 2017: 460.

³⁹¹ STC N° 0024-2003-AI/TC.

³⁹² STC N° 00006-2006-PC, F. J. 61.

se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada».³⁹³

Con todo, el precedente constitucional tendría *los mismos efectos de una ley*, por lo que su observancia es oponible *erga omnes*.

3.4. Condiciones del uso de los precedentes constitucionales vinculantes y presupuestos para su creación

«El precedente constitucional –subraya el TC- es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente».³⁹⁴

En ese contexto, el uso del precedente según las sentencias del TC se sustenta en las siguientes condiciones:

- (i) *Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.*³⁹⁵ Es decir, la regla que con efecto normativo el TC decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. De ahí que, no se debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.³⁹⁶

En este sentido, el TC considera que el extremo vinculante de sus decisiones debe ser necesario para la solución del caso particular. No obstante, que «el caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley»;³⁹⁷ pues aún este caso el precedente normativo que externalice el TC, debe tener una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal. Es decir, la legitimidad del TC para sentar precedentes vinculantes

³⁹³ *Ibid*, F. J. 69.

³⁹⁴ STC N° 03741-2004-AA. F. J. 49.

³⁹⁵ *Ibid*, F. J. 44.

³⁹⁶ STC N° 0024-2003-AI/TC.

³⁹⁷ STC N° 03741-2004-AA. F. J. 45.

«está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras cuando el Tribunal dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales».³⁹⁸

(ii) *El precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos.*³⁹⁹

Efectivamente, el precedente es una regla de derecho –o mejor una norma general-, creada a partir de los hechos del caso y para decidir sobre los mismos. Esa regla de derecho a la que alude el TC es la *ratio decidendi*,⁴⁰⁰ esto es, «la regla o principio de decisión del que un precedente dado es la fuente de autoridad»;⁴⁰¹ en otras palabras, «la regla o principio de decisión que se supone que ha regido o fundamentado en algún sentido la decisión del caso del que es *ratio*».⁴⁰²

Debido a ello, el TC condiciona el uso de los efectos normativos y la obligación de aplicar el precedente vinculante a: «a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente. b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante».⁴⁰³

(iii) *La regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrezca múltiples construcciones.*⁴⁰⁴ Esto debido a que a través del precedente no se pueden imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o

³⁹⁸ *Ibid ídem.*

³⁹⁹ *Ibid*, F. J. 46.

⁴⁰⁰ *Ibid ídem.*

⁴⁰¹ MACCORMICK, 2016: 252.

⁴⁰² *Ibid ídem.*

⁴⁰³ STC N° 0024-2003-AI/TC: condiciones del uso del precedente constitucional vinculante.

⁴⁰⁴ STC N° 03741-2004-AA. F. J. 46.

valorativas. Por ello, el TC «debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública».⁴⁰⁵

(iv) *Decisión con autoridad de cosa juzgada*.⁴⁰⁶ A raíz de esta condición, la potestad que tiene el TC de sentar precedentes vinculantes se encuentra sujeta a que exista una decisión final; estos es, una decisión que contenga un pronunciamiento sobre el fondo, ya sea estimando o desestimando la demanda; en pocas palabras, que haya puesto fin al proceso, por ende sea irrevocable e inmutable.⁴⁰⁷

De otro lado, estima el TC que son presupuestos básicos para la creación del precedente constitucional los siguientes: (a) la constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del TC, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales o de relevancia constitucional; (b) la constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del TC, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad, lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; (c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales; (d) cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante; y (e) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.⁴⁰⁸

Para concluir, es importante resaltar dos cosas muy puntuales: en primer lugar, que según la doctrina del precedente desarrollada por el TC, existe una relación sustancial entre el caso y el precedente, relación a partir de la cual se reconoce que solo la *ratio decidendi* puede tener carácter vinculante; y, en segundo lugar, que pese a reconocer la importancia de los hechos del caso particular en la creación del precedente,

⁴⁰⁵ *Ibid ídem.*

⁴⁰⁶ STC N° 0024-2003-AI/TC: condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

⁴⁰⁷ *Ibid ídem.*

⁴⁰⁸ STC N° 03741-2004-AA, F. J. 41.

el supremo intérprete de la Constitución, a partir de una mala lectura de la doctrina del precedente en el *common law*, considera que al ser el precedente una regla de derecho no puede referirse a los hechos del caso.

Justamente ha sido a partir de esta mala lectura que, en la creación y determinación del precedente constitucional conforme a la práctica del Tribunal, se ha prescindido de los hechos del caso y, se ha fijado como extremo vinculante de sus decisiones, en muchos casos, a simples *obiter dicta*.

4. LAS PECULIARIDADES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL PERUANO A LA LUZ DE LA DOCTRINA NACIONAL⁴⁰⁹

Como normalmente sucede en nuestro país, el Código Procesal Constitucional tiene sus orígenes en el proyecto elaborado por un grupo de profesores, quienes entre los años 1994 y 2002, elaboraron un proyecto de Código Procesal Constitucional, iniciativa que tuvo hasta cinco versiones, siendo la última la que fue acogida por los miembros de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del parlamento nacional, para luego ser aprobada por el pleno y convertirse en el primer Código Procesal Constitucional de nuestra historia.⁴¹⁰ Entre los miembros de este grupo de profesores se encontraba Juan Monroy Gálvez, quien años después reconoció haber sido el ponente del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos, «el artículo VII lo redacté yo y puedo decirle, sin ningún atisbo de arrogancia, por favor, que al interior del Grupo no se discutió ni siquiera un minuto».⁴¹¹

En este contexto, es importante empezar nuestro análisis de la doctrina nacional, con la posición del profesor Monroy respecto al precedente y su recepción en los sistemas del *civil law*.

4.1. La adopción del precedente no puede hacerse de manera irreflexiva y a-contextual, es necesario estudiar nuestros propios límites.

MONROY advierte que en los sistemas del *civil law* existe la necesidad de contar con un derecho que sea previsible para sus usuarios, pero que al mismo tiempo tenga la

⁴⁰⁹ Vid. LIENDO, 2012; DELGADO, 2012: 193-227; INDACOCHEA, 2015: 309-318; DONAYRE, 2007: 101-120; ESPINOZA, 2006: 67-96; ADRIÁN, 2007: 107-134; ABAD, 2008: 45-54.

⁴¹⁰ Véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 09371: Código Procesal Constitucional.

⁴¹¹ DYER, 2015: 346.

suficiente dinámica para enfrentar con decisiones justas los nuevos retos de una sociedad en permanente cambio. Estas circunstancias nos exigen buscar en otros ámbitos del derecho instituciones que den respuesta a nuestros problemas. Por eso, detrás de nuestro esfuerzo por encontrar resultados positivos de la doctrina del precedente está la certeza, la misma que sigue siendo «a pesar de los actuales tiempos de borrasca, un valor que debe ser perseguido y obtenido, sin renunciar a un derecho que no se ahogue en dogmas que se respetan por su antigüedad».⁴¹²

En este sentido, para MONROY la incorporación de la doctrina del precedente en ordenamientos como el nuestro, puede constituir un aporte de inestimable importancia para producir una reforma de su sistema de justicia. Sin embargo, advierte el profesor, la incorporación tiene que ocurrir de manera integral por un lado y, por el otro, considerando una serie de variables externas del sistema que permitirán consolidar su uso y la obtención de sus beneficios sin el temor de que el entusiasmo y superficialidad conduzcan su incorporación al fracaso.⁴¹³

Por eso, MONROY plantea algunas sugerencias en torno a los requisitos que deberían de ser tomados en cuenta al momento de incorporar la doctrina del precedente al *civil law*, las mismas que agrupa en dos clases: sugerencias estructurales y sugerencias funcionales.

Entre las primeras, se sugieren los siguientes requisitos: (i) Es imprescindible contar con una estructura judicial definida e indiscutida. (ii) El sistema judicial que pretenda incorporar la doctrina del precedente debe contar con un medio de información público, nacional y bajo su control y supervisión, a fin de que se comunique a la comunidad jurídica y al público interesado en general las tendencias o reglas jurídicas que se propongan, asegurando así los efectos sociales de aquello que se decida. (iii) En un primer momento, el único órgano que debe expedir precedentes con la calidad de vinculante debe ser la Corte Suprema. (iv) Se debe modificar la estructura de la Corte Suprema para contar con una corte suprema única a nivel nacional, esto es, sin división en diversas salas atendiendo a criterios de especialidad. (v) La incorporación de la técnica del precedente es compatible con un sistema casatorio, siempre que se regule con precisión los requisitos de procedencia a fin de impedir que la „inflación“ de casos

⁴¹² MONROY, 2007: 7-8.

⁴¹³ *Ibid*: 30-31.

ahogue las posibilidades de actuación del órgano supremo. (vi) Conseguir que el órgano supremo tome conciencia de que sus decisiones deben tener una consistencia considerable en el tiempo, esto es, que no pueden ser variadas continuamente porque entonces los objetivos a ser logrados con la aplicación de la doctrina se desmerecen por acto propio. (vii) Todo aquello que se considere como elementos configurantes de la incorporación de la doctrina del precedente debe de tener reconocimiento legislativo.⁴¹⁴

Mientras que entre las funcionales se formulan las siguientes sugerencias: (a) Debido a que solo la Corte Suprema debe tener la posibilidad de fijar reglas de derecho por medio del precedente, entonces debe encargársela a esta que cumpla algunas funciones complementarias a su trascendente deber, así: debe autorregularse el método a emplear para obtener reglas que tengan la calidad de vinculantes por un lado y, por el otro, debe estar regulado, también por la propia Corte Suprema, la fórmula a emplearse para identificar un precedente persuasivo, un voto singular, una crítica sin apartamiento de la regla y otras técnicas factibles de enriquecer los resultados a obtenerse. De tal manera que, podría emplearse el concepto de doctrina jurisprudencial para aquellos casos en los que establece un precedente persuasivo y el de sentencia normativa para aquellas decisiones que regla de derecho vinculante. (b) Debe ser el propio órgano supremo quien desarrolle y proponga la regla de derecho vinculante extraída del caso que ha resuelto. Pues, entiende MONROY que ya habrá tiempos en los que esta facultad sea más elástica y permita una actuación más protagónica de los órganos inferiores a efectos de su identificación. (c) Se deben regular los términos de eficacia temporal de la derogación de un precedente vinculante. En otras palabras, se debe precisar el procedimiento que se debe seguir para cuando se decida abandonar un precedente y proceda a fijar otra. Asimismo, se debe definir desde cuando surte efecto la nueva regla e inclusive precisar si esta se aplica al caso en que ha sido creada. (d) Al margen de los casos en que se emplea el precedente vinculante, debe precisarse en qué supuestos la cita de un precedente persuasivo o de alguna otra técnica derivada de la doctrina, constituye un sustituto de la exigencia de motivar las resoluciones. (e) Deben plantearse los rigurosos niveles de exigencia en la motivación que deben tener aquellos casos, excepcionales, en los cuales el órgano inferior se aparta de un precedente vinculante.⁴¹⁵

⁴¹⁴ *Ibid.*: 32-33.

⁴¹⁵ *Ibid.*: 33-34.

De entre todas estas sugerencias, la más importante es –sin lugar a dudas– aquella según la cual *debe ser el propio órgano supremo quien desarrolle y proponga la regla de derecho vinculante extraída del caso que ha resuelto*, ya que la misma ha sido acogida en el artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, pues corresponde al TC señalar qué decisiones suyas son precedentes y qué extremos de las mismas tienen efectos normativos. Además, es importante, porque a partir de la adopción de esta sugerencia, en la práctica, se ha distorsionado la figura del precedente, a tal punto que cualquier argumento de una decisión del Tribunal puede ser llamado precedente así no guarde relación alguna con los hechos del caso particular en el que es sentado.

Sobre el particular, ha dicho MONROY que «si se quería adoptar un instrumento que funcionaba muy bien en otra tradición jurídica, como en el *common law*, no podía hacerse de manera irreflexiva y a-contextual, había que estudiar nuestros propios límites».⁴¹⁶ Así, en un «contexto de alta carga procesal, era imposible pedir a los jueces del Poder Judicial que se tomen más tiempo de lo usual para determinar cuál es la *ratio decidendi* de un caso concreto».⁴¹⁷ Además, con ello se evitaba traer al sistema uno de los aspectos más sensibles y complejos de la doctrina del precedente en el *common law*: la determinación de la *ratio decidendi*.⁴¹⁸

Finalmente, MONROY define la *ratio decidendi* como la regla de derecho establecida por el juez como base de su decisión, la cual contiene sea la justificación explícita de las razones por las que tomó la decisión sea la fundamentación implícita y trascendente que tuvo en consideración para resolver el caso.⁴¹⁹

En suma, queda claro que para Monroy, el precedente se construye a partir de los hechos del caso y, que el único extremo vinculante de una decisión anterior es la *ratio decidendi*, esto es, la regla de derecho en base a la cual se decide el caso particular.

4.2. Lo que mejor caracteriza la actividad creativa del Tribunal Constitucional es su estatus jurisdiccional.

⁴¹⁶ DYER, 2015: 348.

⁴¹⁷ *Ibid ídem*.

⁴¹⁸ MONROY, 2007: 13.

⁴¹⁹ *Ibid*: 14.

LANDA señala que «a partir del complejo proceso de constitucionalización del Derecho, si bien el Congreso es el órgano por excelencia de creación del Derecho a través de la ley, el TC también participa aunque subsidiariamente en la creación del mismo mediante la interpretación de la Constitución».⁴²⁰

Estas normas creadas judicialmente se incorporan al sistema constitucional peruano, precisa LANDA, «a partir de comprender que la existencia del TC se basa en dos principios consustanciales que fundan el Estado Constitucional y Democrático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la Ley Fundamental sobre otras normas de inferior jerarquía; y, el principio político democrático, o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de valores democráticos, en virtud del cual se imparte justicia».⁴²¹

Ahora bien, lo que mejor caracteriza la facultad de hacer derecho del TC, dice LANDA, es su estatus jurisdiccional, en virtud del cual, el Tribunal asume la función de impartir justicia constitucional, ello en la medida en que no solo le ha sido atribuida la función de velar por el cumplimiento del principio de supremacía de la Constitución, sino también, por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales.⁴²² Por ello, en tanto órgano jurisdiccional, el Tribunal no solo asume la función de supremo intérprete de la Constitución, sino también la de garante en última instancia del respeto de los derechos fundamentales, precisando el contenido y los límites de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación.⁴²³

Por ello, «resulta imprescindible entender que dicho órgano debe contar con todas las prerrogativas derivadas de la Constitución y de la ley para cumplir su función, y que las sentencias de inconstitucionalidad, los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial, son el producto de las técnicas del método interpretativo constitucional que coadyuvan en gran medida a la realización de tal finalidad».⁴²⁴

En este sentido, dice LANDA, «el precedente estará referido a un caso concreto, que por su trascendencia servirá para establecer reglas jurídicas abstractas y generales

⁴²⁰ LANDA, 2010: 198.

⁴²¹ *Ibid*: 199.

⁴²² *Ibid*: 201.

⁴²³ *Ibid ídem*.

⁴²⁴ *Ibid*: 202.

que serán de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro. De ahí que la vinculación establecida por el precedente no sólo alcanzará a los demás poderes del Estado sino también a los particulares, pues lo que se establece en el caso que sienta precedente deberá aplicarse para casos idénticos».⁴²⁵

Para LANDA, «el precedente nace como una regla destinada a otorgar predictibilidad en los fallos a fin de lograr seguridad jurídica y que ello redunde en mantener la vigencia del principio de igualdad, por cuanto dicho principio se vería vulnerado si es que existen diferentes fallos con relación a casos idénticos»⁴²⁶ Es decir, la existencia de un precedente se debe a un afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica, pues los justiciables, al saber cómo se ha resuelto un caso concreto, podrán predecir cómo se resolverá otro caso con las mismas características.⁴²⁷

En este orden de ideas, «el precedente vinculante es una figura que permite saber cómo el juez constitucional resolverá un caso concreto en el futuro, al mismo tiempo que ordena y da coherencia a la jurisprudencia expedida por el Tribunal»⁴²⁸.

Por otro lado, LANDA precisa que la parte de la sentencia que tiene carácter vinculante «no se encuentra únicamente en el *decisum* o fallo, sino en la regla jurídica que sostiene la decisión tomada, es decir, en la *ratio decidendi* que es la razón suficiente donde se establecen los principios o reglas jurídicas que se constituyen en la base de la resolución del caso»⁴²⁹.

A partir de ello, «debe remarcarse la importancia de la motivación de las sentencias, esto es, de la existencia de una armonía lógica entre los fundamentos y el fallo de la misma, puesto que una sentencia que constituya precedente, y que, a la vez cuente con una adecuada motivación generará predictibilidad, certeza y seguridad jurídica»⁴³⁰.

Pese a considerar al precedente constitucional como una regla jurídica abstracta y general, siguiendo en este punto a la doctrina desarrollada por el Tribunal, LANDA

⁴²⁵ *Ibid*: 216-217.

⁴²⁶ *Ibid*: 216-217.

⁴²⁷ *Ibid*: 213.

⁴²⁸ *Ibid*: 216-217.

⁴²⁹ *Ibid*: 218.

⁴³⁰ *Ibid*: 219.

afirma que para la flexibilización del precedente en algunas ocasiones «se deberá tener en consideración aquellos elementos que rodean el caso concreto y la relevancia del mismo, pues si se entiende que el ordenamiento jurídico no es estático sino dinámico y vital, será más fácil aceptar que lo decidido en un caso no siempre será de aplicación a otro caso concreto, pero a condición que se motive razonablemente el cambio de precedente»⁴³¹.

De ello se puede colegir que, detrás del carácter general y abstracto de las reglas creadas por el precedente, subyace la idea de que la regla construida en el caso particular para ser precedente no puede ser una regla particular o concreta, sino una regla construida a partir de la generalización de los hechos del caso. De ahí que, la relación entre el caso y el precedente no es una relación accidental o casual, sino una relación para toda la vida, claro está, si queremos continuar hablando de precedente.

Pero, LANDA no solo destaca la importancia de los hechos del caso particular en la flexibilización del precedente, también lo hace al analizar las posibilidades que tiene el juez inferior frente al precedente. Así, dicho juez tendría tres posibilidades: (1) aplicar la regla de la doctrina jurisprudencial cuando se trate de casos idénticos; (2) seguir la regla de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias con el nuevo caso no sea sustancial, y en consecuencia, optar analógicamente por aplicar dicha regla, y; (3) apartarse de la regla de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias entre los dos casos sean relevantes para merecer un trato jurídico diferente.⁴³²

4.3. La emisión del precedente constitucional supone siempre la concretización interpretativa de las disposiciones constitucionales

La distinción entre disposición y norma es un lugar común en la teoría general del derecho. Así, se entiende que una cosa es el texto normativo (disposición) y otra el significado (norma) que se le adscribe.

Bajo esa premisa, RODRÍGUEZ advierte que la producción del derecho no se agota con la creación de la disposición normativa, ya que corresponde al órgano de aplicación la tarea de asignar un significado a dicha disposición, adscribiéndole una

⁴³¹ *Ibid:* 220.

⁴³² *Ibid:* 228.

norma que resuelva el caso.⁴³³ Por ello, dice nuestro autor, «el procedimiento de producción normativa solo queda agotado cuando, vía interpretación o integración, se adscribe al ordenamiento dispositivo la norma que será aplicada en el caso y no antes».⁴³⁴ En pocos términos, no hay norma acabada, sino después de que se le añade la norma aplicable al caso.

En este orden de ideas, en la frase «precedente constitucional vinculante», el sustantivo «precedente» hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquella correspondiente al momento de la «configuración dispositiva», entendida esta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición, es decir, un texto o un enunciado lingüístico, que sirve de factor principal a las subsecuentes fases de producción normativa. Por ello, la fase configuración dispositiva puede ser llevada a cabo, cuando se trata de la Constitución, por el Poder Constituyente o por el poder de reforma constitucional; por el Parlamento y el Ejecutivo, cuando se trata de la ley; por los gobiernos regionales y locales, cuando se trata de disposiciones con rango de ley; y finalmente, por los órganos administrativos con capacidad reglamentaria, cuando se trata de disposiciones reglamentarias.⁴³⁵

Así, «cuando se habla de precedente –escribe RODRÍGUEZ- se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo. Deberá servir para resolver el futuro caso si se trata de un precedente vinculante, y solo podrá servir para ello si se trata de un precedente persuasivo».⁴³⁶

La norma creada en el precedente «puede surgir tan sólo de la interpretación o integración directa de las disposiciones pertinentes en la resolución de la causa, con una relativa prescindencia de las características fácticas del caso. En otras ocasiones, surge de su interpretación en clara, directa e imprescindible vinculación con los hechos del

⁴³³ RODRÍGUEZ, 2007: 55.

⁴³⁴ RODRÍGUEZ, 2007: 55.

⁴³⁵ *Ibid ídem.*

⁴³⁶ *Ibid:* 55-56.

caso. En todo caso, usualmente, que los factores de los que surge la regla sean más dispositivos que fácticos o viceversa, es sólo una cuestión de grados».⁴³⁷

En este sentido, los órganos competentes para culminar la producción normativa son los órganos jurisdiccionales, en la medida que «todo acto de aplicación implica dotar de significado a las disposiciones, y esa dosis de interpretación o integración es, inevitablemente, una fase de la creación del Derecho que corresponde al juez».⁴³⁸

Por otro lado, el adjetivo «constitucional» alude a que la norma creada en el precedente es el resultado de la interpretación de disposiciones constitucionales o de disposiciones infraconstitucionales interpretadas de conformidad con aquellas. Razón por la cual, «para que exista un precedente constitucional, es preciso que las disposiciones constitucionales hayan participado, de forma exclusiva o no, en la creación del Derecho que corresponde al Juez».⁴³⁹

El adjetivo «vinculante», por su parte, indica la fuerza con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquel en el que fue establecida. Es decir, «la referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena sus consecuencias jurídicas».⁴⁴⁰

De este modo, «estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo».⁴⁴¹

Para RODRÍGUEZ «aquí es donde por caminos distintos llegamos a una característica básica del precedente en el *common law*, pues no sólo resulta que el precedente constitucional vinculante se constituye como una verdadera fuente de Derecho, sino que la identificación del cumplimiento del supuesto normativo que dará

⁴³⁷ *Ibid*: 56.

⁴³⁸ *Ibid idem*.

⁴³⁹ *Ibid idem*.

⁴⁴⁰ *Ibid*: 57.

⁴⁴¹ *Ibid idem*.

lugar a su aplicación, se produce cuando queda determinada la identidad esencial entre los factores relevantes del caso en el que fue establecido, y los del caso que se encuentran conociendo el juez posterior de menor jerarquía». ⁴⁴²

De acuerdo con esto, el precedente solo será aplicable una vez que se tengan identificados los factores relevantes para su aplicación, esto es, se haya determinado la identidad esencial entre los hechos relevantes del caso precedente y los hechos del caso a decidir.

Finalmente, sostiene RODRÍGUEZ que: (i) la emisión del precedente constitucional supone siempre la concretización interpretativa de las disposiciones constitucionales (voluntad del Constituyente); (ii) en tanto interpretación del supremo intérprete de la Constitución, el precedente vincula a todo poder público (también al Congreso); (iii) las leyes solo vinculan al TC cuando este juzgue que son compatibles con la Constitución, por lo que el precedente constitucional se ubica por encima de la ley. Esto último determina que en caso de conflicto entre un precedente y una ley, prevalecerá el precedente por ser la obra del supremo intérprete de la Constitución. ⁴⁴³ Después de todo, el precedente constitucional tiene «una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho legislado». ⁴⁴⁴

Ahora bien, la labor interpretativa del juez se circunscribe a la decisión de un caso particular, es decir, el juez interpreta los enunciados normativos en clara referencia al conflicto que debe resolver. En otras palabras, la interpretación judicial es una interpretación orientada a los hechos. Por eso, los jueces no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo «*en abstracto*», sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de cierta disposición. ⁴⁴⁵

Por ello, la norma creada en el precedente no puede prescindir de los hechos sustanciales del caso, ya que es sobre la base de tales hechos que será construida la norma. Recuérdese que es la *ratio decidendi* la norma creada en el caso precedente y, Esta no es otra cosa, más que, la razón fundamental de lo decidido en el caso particular.

⁴⁴² *Ibid idem.*

⁴⁴³ *Ibid:* 58.

⁴⁴⁴ *Ibid:* 63.

⁴⁴⁵ GUASTINI, 1999b: 20.

Por lo que, la relativa prescindencia de las características fácticas del caso, no implica la creación de normas al margen de los hechos del caso, sino que responde a la necesidad de generalizar *la ratio decidendi* de un caso particular, a efectos de que pueda ser aplicada en la toma de decisiones en casos similares. De ahí que, la norma creada en el precedente *-para ser precedente-* debe ser el resultado de la interpretación de las disposiciones en directa e imprescindible vinculación con los hechos del caso.

4.4. El precedente constitucional como una potestad para crear normas constitucionales

Para GRÁNDEZ⁴⁴⁶ es claro que el modelo del precedente peruano, tal como ha sido establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se aparta de la tradición del *common law*. Pero, no solo por el poder otorgado al TC para que señale el extremo vinculante de sus decisiones, «sino también, y directamente vinculado a lo anterior, porque la forma de trabajo con los precedentes vinculantes del TC, pareciera no auspiciar un nivel deseable de atención a los casos y su configuración, sino directamente a las reglas». Es decir, se trata de un modelo de precedente «en el que, al final de cuentas, pareciera que el *caso*, antes que un referente obligado para establecer la eficacia vinculante de los precedentes, se convierte a veces en un simple dato de legitimación para que el TC pueda legislar». En términos más sencillos, el caso se convierte en un pretexto «para crear Derecho, y por cierto, no cualquier derecho, sino *Derecho de rango constitucional*».

En este sentido, asume GRÁNDEZ que, la incorporación del precedente supone la asignación al Tribunal de la tarea de depuración de la jurisprudencia constitucional, ello con el propósito de que, aquellas reglas que son constantemente aplicadas por los operadores jurídicos y que han surgido de la labor interpretativa del Tribunal, puedan incorporarse al Derecho como una categoría especial, convirtiendo así al Tribunal en una especie de legislador jurisprudencial.⁴⁴⁷ Sin embargo, legislar -advierte nuestro autor- no es la tarea principal de los jueces constitucionales, por lo que la actividad creativa de legislación constitucional a través del precedente constitucional, ha de

⁴⁴⁶ GRÁNDEZ, 2008: 6.

⁴⁴⁷ GRÁNDEZ, 2007a: 93.

realizarse en el marco de las competencias jurisdiccionales y sin invadir las funciones de los demás órganos constitucionales.⁴⁴⁸

Por otro lado, GRÁNDEZ distingue las sentencias del Tribunal en: precedentes vinculantes e interpretaciones constitucionalmente vinculantes. El primero de ellos hace alusión a la regla extraída por el Tribunal a partir de un caso concreto, regla que vincula no solo a los jueces, sino a todos; es decir, a través del precedente el Tribunal ejerce su poder normativo. Mientras que, el otro hace alusión a la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

A partir de ello, el precedente no constituye un reemplazo del valor vinculante que también posee la doctrina jurisprudencial, en la medida que la doctrina constitucional sentada por el Tribunal «debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la jurisdicción constitucional».⁴⁴⁹

Por eso, el precedente vinculante se diferencia de la doctrina constitucional, «en que mientras el primero esta expresado en términos precisos como reglas puntuales y coinciden, o deben coincidir, con el núcleo de los argumentos de la decisión; en el caso de la doctrina jurisprudencial en cambio, las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre *obiter* y *ratio* propia del precedente del *common law* y, por tanto deben ser identificadas en cada caso por el Tribunal que los debe aplicar en los casos futuros».⁴⁵⁰

Por otro lado, si la doctrina constitucional y el precedente constitucional son igualmente vinculantes, entonces la distinción entre ambos reposaría en la forma en cómo se concreta la vinculación y la amplitud que alcanzan. En este sentido, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, irradia el ámbito de vinculación del precedente hacia los jueces del Poder Judicial; el precedente vinculante normativo, lo hace con alcance general y con el máximo nivel jerárquico.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ GRÁNDEZ, 2008: 6.

⁴⁴⁹ GRÁNDEZ, 2007a: 94.

⁴⁵⁰ *Ibid*: 95.

⁴⁵¹ *Ibid*: 96.

El precedente -para GRÁNDEZ- implicaría una cierta potestad creadora de normas constitucionales, cuyas principales consecuencias son: «a) el precedente no puede ser desacatado por la legislación ordinaria. Cualquier cambio a las reglas establecidas a través de un precedente requieren el mismo quórum establecido para la reforma constitucional; b) tratándose de precedentes que establecen criterios de interpretación constitucional frente a supuestos normativos provenientes de la ley y que han confirmado la constitucionalidad de la misma, no sólo no puede ser revisado en sede judicial, sino que tienen la virtud de anular la potestad de un eventual control judicial difuso por parte del juez ordinario; c) sólo el Tribunal puede variar el contenido normativo de un precedente normativo, aportando razones para ello; d) las limitaciones a su uso solo pueden provenir del propio Tribunal (*self-restraint*), puesto que la imposición de límites terminaría por anular la propia esencia y la autonomía institucional irremplazable de un Tribunal Constitucional».⁴⁵²

GRÁNDEZ considera que si la regla vinculante debe ser precisada por el propio Tribunal, poca o ninguna importancia tendrían la distinción entre *obiter* y *ratio*, asimismo, tampoco tendría valor alguno las teorías que se han desarrollado en el *common law* para identificar la *ratio decidendi*.

Ello quiere decir, que la regla puntualizada por el Tribunal en el precedente puede ser indistintamente, un *obiter* o una *ratio*, puede o no resolver el caso particular, siendo suficiente que el Tribunal lo establezca como tal.

Visto así el precedente constitucional, de precedente, únicamente tendría el nombre; toda vez que la distinción, entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* –como resalta DUXBURY-, es una estrategia importante para que pueda tomarse la misma noción de precedente judicial, como fuente de derecho seriamente.⁴⁵³

Por eso, decía SALMOND que «un precedente es una decisión judicial que contiene en sí mismo un principio. El principio subyacente que forma su elemento de autoridad a menudo se denomina *ratio decidendi*. La decisión concreta es vinculante entre las partes, pero es la *ratio decidendi* abstracta la única que tiene fuerza de ley en lo

⁴⁵² *Ibid ídem.*

⁴⁵³ DUXBURY, 2008: 90.

que respecta al mundo en general». ⁴⁵⁴ En otras palabras, la esencia de la doctrina del precedente es que la *ratio* de un caso anterior debe seguirse en casos similares. ⁴⁵⁵

Ahora bien, como señala el propio GRÁNDEZ, «el modelo de precedente peruano nos presenta al mismo tiempo una concepción del juez del Poder Judicial al que era mejor darle redactada y con negritas la regla del precedente, antes que depositar la confianza en su capacidad y juicio para interpretar las decisiones del máximo Tribunal». ⁴⁵⁶ Es decir, ha sido la falta de confianza en la capacidad de los jueces para determinar el extremo vinculante de una decisión anterior, lo que condujo al legislador a entregarle dicha labor al Tribunal Constitucional. Sin embargo, así como el legislador decidió poner en manos de los jueces del Tribunal semejante poder, también este mismo legislador decidió importar e introducir a nuestro ordenamiento la obligación de seguir decisiones anteriores a través del precedente constitucional.

Por tanto, si lo que se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es, de alguna manera, una especie de «*precedente judicial*», entonces cuando se facultó al Tribunal para identificar el extremo vinculante de sus decisiones, no se le otorgó una hoja de papel en blanco para que pudiera escribir cuanta regla se le ocurriese, sino para que identificara la *ratio decidendi*, esto es, aquella regla general construida para la decisión de un caso particular. Por ello, «el que el Tribunal tenga la potestad de extraer la regla y hacerla conocer de manera explícita, no es más que un mecanismo para permitir su mejor conocimiento a sus destinatarios». ⁴⁵⁷

Finalmente, si bien es cierto, la labor del Tribunal Constitucional se asemeja en muchos casos a la labor del legislador, también es verdad, que la función creativa reconocida al Tribunal solo puede ser ejercida en su condición de órgano jurisdiccional, y a través de sus decisiones, las cuales tienen lugar solo en el contexto de un caso particular.

⁴⁵⁴ SALMOND, 1902: 176.

⁴⁵⁵ PRICE, 2000: 86.

⁴⁵⁶ GRÁNDEZ, 2007a: 100.

⁴⁵⁷ *Ibid*: 106.

4.5. Los precedentes vinculantes son normas jurídicas que tienen rango constitucional y que al nacer se adscriben a las normas constitucionales directamente estatuidas por el constituyente.

Un rasgo esencial de la Constitución del Estado constitucional es la fijación de principios de justicia material, los mismos que conforman su contenido material. Estos principios pueden ser definidos como las exigencias de justicia que se formulan en torno a la persona.⁴⁵⁸ Pero también es posible reconocerle un contenido formal, tanto organizativo como procedimental, destinado a regular la existencia, organización y desenvolvimiento del poder público.⁴⁵⁹

Esta Constitución, tanto en su contenido material como el formal, exige ser interpretada. «A través de la interpretación se asignan significados normativos a enunciados lingüísticos, es decir, se formulan normas a partir de disposiciones. Las disposiciones constitucionales tienen un ámbito normativo conformado por normas directamente estatuidas y por normas adscriptas a estas. Tanto unas como otras son producto de la interpretación constitucional».⁴⁶⁰

En este sentido, CASTILLO sostiene que los precedentes vinculantes son normas jurídicas, debido a dos razones: Conforme a la primera «todo precedente vinculantes es siempre una concreción directa de una norma recogida (expresa o implícitamente) en la Constitución. Desde un punto de vista lógico, la concreción comparte la naturaleza del objeto concretado, de modo que si el objeto concretado es una norma, la concreción lo será también».⁴⁶¹ En tanto que de acuerdo con la segunda, «la concreción es formulada por el Tribunal Constitucional a través de la interpretación que de la Constitución formula; esta interpretación es siempre vinculante, consecuentemente la concreción que la sostiene lo será también».⁴⁶²

Así, para CASTILLO a través del precedente vinculante «el Tribunal Constitucional formula una determinación o concreción del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, de modo que el juez se vincula

⁴⁵⁸ CASTILLO, 2015: 17.

⁴⁵⁹ *Ibid*: 18.

⁴⁶⁰ *Ibid*, p. 19

⁴⁶¹ CASTILLO, 2016: 15-16

⁴⁶² *Ibid ídem*.

al precedente como si se vinculase a la Constitución misma».⁴⁶³ Pues, los precedentes vinculantes son normas constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional, es decir, por medio de los precedentes vinculantes este alto Tribunal crea derecho constitucional.⁴⁶⁴

Las disposiciones y normas constitucionales de origen constituyente –precisa CASTILLO- cumplen el papel de fuente de las normas constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional. «Por eso, a las normas constitucionales que representan las precedentes vinculantes bien pueden ser tenidas como normas constitucionales adheridas o adscriptas a las normas constitucionales que han sido directamente dispuestas por el constituyente».⁴⁶⁵

Ahora bien, el término «*adscrito*» significa que el Tribunal Constitucional a través de la interpretación basada en disposiciones constitucionales asigna un significado a la Constitución en función de un caso concreto. En otras palabras, mediante la interpretación de textos normativos de origen constitucional, el Tribunal Constitucional incorpora un significado a la Constitución que antes no estaba ahí expresamente.

Una distinción útil para comprender la adscripción de significados a un texto normativo, es aquella según la cual, una cosa son las disposiciones y otra las normas. Así, mientras las disposiciones constituyen el objeto de la interpretación, las normas son el resultado de dicha actividad.

Por ello, a través del precedente constitucional no se crean textos normativos, esto es, disposiciones normativas de rango constitucional, lo que hace el Tribunal Constitucional es adscribir una determinada norma a las disposiciones constitucionales, la misma que tiene carácter vinculante por ser el resultado de la actividad interpretativa del Supremo Intérprete de la Constitución, y no porque comparta el mismo rango de la disposición a la cual es adscrita.

Por otro lado, CASTILLO señala que «tal como viene redactado el artículo VII CPCConst., podría concluirse que el referido Tribunal tiene plena libertad para

⁴⁶³ CASTILLO, 2008a: 63.

⁴⁶⁴ CASTILLO, 2016: 16.

⁴⁶⁵ *Ibid ídem.*

determinar cuál o cuáles de los criterios interpretativos manifestados en una sentencia constitucional podrán ser establecidos y declarados como precedentes vinculantes. De modo que aunque se parta de la distinción entre razones suficientes o *ratio decidendi* y razones subsidiarias u *obiter dicta*, lo cierto sería que el Supremo Intérprete de la Constitución tendría plena libertad para, con base en unos o con base en otros, formular el precedente vinculante».⁴⁶⁶

Ahora, ¿es posible interpretar el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en estos términos? Personalmente, creo que no. Debido a que la expresión «*precedente vinculante*», es una expresión que alude en el derecho a la obligación de seguir decisiones anteriores, y lo que se sigue de una decisión anterior, necesariamente, es la *ratio decidendi*. Por lo tanto, no puede interpretarse dicha disposición como si la expresión «*precedente vinculante*» fuese una creación del legislador nacional y no percatarse que es una expresión que alude a una institución importada de otra tradición.

En suma, para CASTILLO «los precedentes vinculantes son normas jurídicas que tienen rango constitucional y que al nacer se adscriben a las normas constitucionales directamente estatuidas por el constituyente. Como toda norma emitida por el órgano competente y siguiendo el procedimiento previsto, cuenta a su favor con la presunción de validez y eficacia».⁴⁶⁷

4.6. Establecer la vinculatoriedad de algunas decisiones de un órgano judicial específico no convierte a este órgano en legislador.

Al analizar la estructura del precedente en nuestro país, DYER advierte que son dos las potestades centrales que le fueron atribuidas al TC a través del precedente constitucional: el poder del Tribunal para establecer qué sentencias constituyen precedente vinculante y, la potestad con la que cuenta el TC de establecer cuál es el “extremo normativo” de la sentencia que constituye precedente vinculante.⁴⁶⁸

DYER afirma que algunos académicos suelen pasar por alto la primera de dichas potestades por considerarla como la consecuencia natural de la figura del precedente,

⁴⁶⁶ CASTILLO, 2008b: 212-213.

⁴⁶⁷ CASTILLO, 2016: 26.

⁴⁶⁸ DYER, 2015: 238-239.

pues consideran que «esta característica no es particular del caso peruano y descansa, por el contrario, sobre cierta similitud respecto de la figura del *certiorari* que practica la Corte Suprema norteamericana». ⁴⁶⁹ Sin embargo, esta percepción pasa por alto una diferencia muy importante: en el *common law* «la fuerza del precedente es algo que impregna a todas las sentencias judiciales, siendo la fuerza vinculante la que varía dependiendo de la jerarquía de los tribunales». ⁴⁷⁰

A partir de ello, sostiene DYER que, «aun cuando sea verdad que la Corte Suprema elige qué casos admite para su resolución y cuáles no, con total discrecionalidad, no elige qué casos –de ellos- son los que revisten del carácter de precedente y cuáles no. Por lo tanto, dicha potestad otorgada a nuestro Tribunal Constitucional es un poder de discrecionalidad importante que incluso puede resultar violatorio del principio de igualdad ante el Derecho». ⁴⁷¹

En cuanto a la potestad con la que cuenta el TC de esta ley es el “extremo normativo” de la sentencia que constituye precedente vinculante. DYER advierte que al no haberse establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional la forma precisa en la que el Tribunal deberá establecer dicho extremo normativo, abrió la oportunidad para que este concretizara dicha potestad a través de tres formas distintas: (i) en un primer momento y solo en algunas sentencias, el TC se limitó a señalar que la sentencia en cuestión constituía precedente constitucional, sin señalar cuál era la parte que vinculaba a los jueces y a los demás funcionarios; (ii) en un segundo momento, el Tribunal señaló el extremo normativo, identificando qué fundamentos de la sentencia eran los vinculantes; (iii) finalmente, el TC decidió formular, a través de frases muy similares en su estructura a una norma legal, reglas que recogían el extremo normativo de la sentencia. ⁴⁷²

Un lugar común en la doctrina nacional, tras la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional, ha sido diferenciar entre lo que vendría a ser la doctrina constitucional y el precedente vinculante. Distinción formulada a partir de los alcances del último párrafo del artículo VI y del artículo VII del Título Preliminar del mencionado Código.

⁴⁶⁹ *Ibid*: 239.

⁴⁷⁰ *Ibid idem*.

⁴⁷¹ *Ibid idem*.

⁴⁷² *Ibid*: 239-240.

Para DYER, la similitud respecto al alcance normativo de estas disposiciones es evidente, toda vez que ambas establecen el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a los jueces ordinarios. De este modo, «la diferencia central reside en el hecho de que a través del precedente constitucional, no es tarea del juez ordinario averiguar qué parte de la sentencia que interpreta los principios constitucionales es la que vincula la interpretación que deberá asumir en el caso que tiene que resolver, debido a que ese extremo normativo (o ratio decidendi, si acaso el Tribunal atina a escogerlo bien) le será proporcionado por el Tribunal Constitucional».⁴⁷³

Por ello, subraya DYER la necesidad de «abandonar la idea de que el artículo VII, en sí mismo, establece la potestad a los magistrados de convertirse en legisladores. Que una ley establezca la vinculatoriedad de algunas decisiones de un órgano judicial específico no convierte a este órgano en legislador, siempre y cuando el producto que adquiere carácter vinculante responda al objeto de la demanda en cuestión y no exceda los límites de los hechos que conforman el caso».⁴⁷⁴

Para DYER que los jueces, al resolver un caso concreto puedan establecer una regla que antes no había aparecido con esa misma delimitación en el ordenamiento jurídico, es innegable. Pero, también es innegable -añade nuestro autor- «el hecho de que la actual estructura del precedente constitucional, instaurada por el artículo VII, ha creado un serio riesgo de deslegitimación del Tribunal Constitucional. Al otorgarle la potestad de elegir el extremo normativo que ata al juez ordinario, deja a este juez igualmente atado, pero de manos, a unas razones o reglas que no necesariamente obedecen al objeto de la demanda o que exceden los hechos del caso».⁴⁷⁵

Finalmente, al redactar las reglas sentadas en los precedentes como si fueran leyes, estas reglas sufren un proceso de abstracción que las eleva por encima de los hechos del caso particular. Para DYER, la combinación de estos dos elementos explica el grave riesgo que el actual esquema del precedente constitucional siembra sobre la legitimidad de estas sentencias y de la actividad del Tribunal Constitucional.⁴⁷⁶

⁴⁷³ *Ibid*: 249-250.

⁴⁷⁴ *Ibid*: 271-272.

⁴⁷⁵ *Ibid*: 272.

⁴⁷⁶ *Ibid*: 276.

4.7. Los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para crear normas.

Para ARIANO el precedente vinculante no forma parte de catálogo de fuentes de nuestro ordenamiento. Debido a que «los jueces, incluso los constitucionales, no están puestos en nuestro sistema constitucional para “crear” normas sino para “resolver” controversias concretas con base a derecho (no por nada sus actos se llaman “resoluciones”».⁴⁷⁷

Esto último -subraya ARIANO-, se hace más evidente en el caso de los jueces del Poder Judicial, a quienes la Constitución, además de proclamarlos independientes, los somete *sólo a la Constitución y a la ley*.⁴⁷⁸ Esta sujeción de los jueces ordinarios *sólo a la Constitución y a la ley*, trae consigo, por un lado, la obligación de motivar por escrito sus resoluciones con mención expresa de la ley aplicable y, por el otro, libera al juez del yugo legal en aquellos casos en que consideren que hay incompatibilidad entre la norma legal que tendrían que aplicar y la propia Constitución.⁴⁷⁹ Por ello, solo en casos de vacío o deficiencia de la ley estos jueces pueden acudir a los principios generales y a la costumbre para resolver un determinado caso.

Todo esto –precisa ARIANO, también se aplica a los jueces constitucionales, solo que por la particularidad de las controversias cuya competencia le atribuye la propia Constitución, se encuentra operando en la generalidad de los casos, directamente con la “ley suprema”.⁴⁸⁰

ARIANO señala que «para desplegar plenamente su función de “resolver controversias” sobre la base del derecho tanto los jueces ordinarios como los constitucionales tengan que “interpretar” las normas a aplicar es a estas alturas por demás obvio pero ello no puede significar que el “medio” pueda imponerse verticalmente a los demás».⁴⁸¹

En este sentido, la actual regulación del precedente constitucional en nuestro país –según ARIANO– es un invento de los autores del anteproyecto del Código Procesal

⁴⁷⁷ ARIANO, 2006: 85.

⁴⁷⁸ *Ibid*: 85.

⁴⁷⁹ *Ibid*: 85-86.

⁴⁸⁰ *Ibid*: 86.

⁴⁸¹ *Ibid* *ídem*.

Constitucional, quienes «decidieron establecer que el Tribunal Constitucional fuera el único que podía establecer “precedente vinculantes” y el único que podía “variarlos”». ⁴⁸² A partir de esta regulación y los efectos que ha producido en el concreto operar del tribunal, «parecería que fuera más constitucional que la propia Constitución, a tal grado que se ha dicho que gracias a él el tribunal se ha transformado en un “tribunal de precedentes”». ⁴⁸³

Así, «de ser *juez último* en la tutela de los derechos constitucionales (inc. 2 del artículo 202 Const.) y *juez único* para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de normas con rango de ley (inc. 1 del artículo 202 Const.) así como sobre los conflictos de competencia y atribuciones entre órganos constitucionales (inc. 3 del artículo 202 Const.) se habría transformado en un *juez normador* en cuanto „creador“ (ajo el nombre de „precedente vinculante“) de „reglas preceptivas“ comunes a las cuales *todos* estaríamos indefectiblemente vinculados (cosa que ni ocurre en los países-patria de los „precedentes“), incluso retroactivamente». ⁴⁸⁴

Finalmente, ARIANO considera que en nuestro Estado de Derecho, un Estado en el que cada órgano constitucional tiene las competencias que la propia Constitución le asigna, es inaceptable que por obra de una ley se haya cambiado el perfil institucional-constitucional del Tribunal Constitucional. ⁴⁸⁵

Ahora bien, más allá de que se pueda o no estar de acuerdo con ARIANO, su posición respecto al precedente constitucional, pone de manifiesto la necesidad de limitar las atribuciones otorgadas al TC en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las mismas que no se restringen a la potestad de señalar el extremo normativo de sus decisiones, sino que comprende también la selección de aquellas sentencias en las que se crearan los precedentes.

Por ello, si bien es cierto los jueces no son meros aplicadores del derecho, ya que normalmente participan en su creación al decidir el significado de las disposiciones normativas y, que con dicha actividad en diversas ocasiones, su labor se asemeja a la del

⁴⁸² *Ibid:* 87.

⁴⁸³ *Ibid ídem.*

⁴⁸⁴ *Ibid:* 87-88.

⁴⁸⁵ *Ibid:* 88.

legislador; también es verdad que la actividad creativa de los jueces no es equiparable a la actividad propiamente legislativa.

Debido a todo esto, es sumamente importante delimitar los contornos en los que el TC debe crear sus precedentes.

5. CREACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como ha dicho DYER, el TC fue construyendo a través de su práctica jurisdiccional los contornos de su potestad de determinar el extremo normativo de los precedentes constitucionales. Así, en un primer momento, el TC no determinaba el extremo normativo de sus sentencias, limitándose a señalar que la sentencia en cuestión era precedente constitucional. En un segundo momento, el TC empezó a señalar hacia el final de las sentencias que constituían precedentes vinculantes que fundamentos jurídicos de las mismas eran los que constituían el extremo normativo vinculante. Finalmente, en una tercera etapa, el TC decidió re-escribir a través de una estructura similar a la de una ley, el extremo normativo vinculante.⁴⁸⁶

Ahora, el análisis de la evolución de la práctica del Tribunal en la creación y determinación del precedente constitucional, nos permite apreciar algunos rasgos sobresalientes que han marcado el proceder del Tribunal a la hora de sentar precedentes: (a) las reglas fijadas como precedente en la mayor parte de los casos no constituyen la *ratio decidendi* de lo decidido; (b) las reglas fijadas como precedentes son construidas al margen de los hechos del caso; (c) la estructura de las reglas fijadas como precedente –en gran parte de los casos– es similar a la estructura de la ley; (d) las reglas fijadas como precedentes frente a los hechos de caso y la decisión adoptada aparecen como meros *obiter dicta*; (e) el Tribunal de manera discrecional decide cuándo sentar un precedente, pudiendo realizar dicha labor creativa aun cuando los hechos del caso no lo requieran; finalmente, (f) el Tribunal puede establecer como precedente cualquier extremo de su decisión, guarde o no relación con los hechos del caso.

Como se apreciará con claridad, la práctica del TC pone en evidencia que dicho órgano asumió la potestad que tiene para sentar precedentes, como una potestad para

⁴⁸⁶ DYER, 2015: 255-257.

realizar un actividad idéntica a la del legislador, en la cual la referencia a los hechos concretos del caso particular se torna innecesario, al ser la regla creada el resultado de una actividad abstracta. El problema con ello, es que sin hechos concretos no puede hablarse de precedente, ya que es a partir de los hechos del caso que se construye la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, y con ocasión de tal distinción, se entiende que solo puede ser vinculante la *ratio decidendi* de una decisión anterior. Pero los problemas no terminan allí.

Sin hechos no puede hablarse de precedentes, y al no poder hacerlo, tampoco es posible recurrir en la aplicación y superación del precedente a figuras como el *distinguishing* y el *overruling*, pues estas categorías únicamente tienen sentido en un ambiente en el que el precedente es construido a partir de los hechos del caso.

Así, la aplicación de aquello que llamamos precedente será semejante a la aplicación de la ley. Pero, a diferencia de la ley, el juez no podrá interpretar el precedente, pues de hacerlo podría arribar a resultados distintos a los del TC, por lo que en la aplicación del precedente el juez realizará una actividad mecánica e irreflexiva, debiendo limitar su actuación a la mera subsunción de su caso a la regla construida en el caso anterior. De esta manera, el juez terminará por convertirse en la boca que pronuncia las palabras del precedente. Por lo demás, ¿no es esta la forma en que actualmente nuestros jueces aplican el precedente?

En virtud de estas anotaciones, es necesario analizar a algunas decisiones del TC en los que se han sentado precedentes, a fin de comprobar si, efectivamente, la práctica de dicho órgano jurisdiccional en la creación y determinación del precedente constitucional prescinde completamente de los hechos del caso.

5.1. Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón

En este caso el actor interpone demanda de hábeas corpus contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, solicitando su inmediata excarcelación. Sustenta su pedido en: (i) que fue detenido por la Policía Nacional el 1 de junio de 1995; (ii) que había sido procesado por la comisión del delito de terrorismo y condenado a la pena de cadena perpetua; (iii) que el proceso en el que fue sentenciado ha sido anulado; y (iv) que a consecuencia de ello se inició un nuevo proceso penal en

su contra, en el que se dispuso su detención preliminar, encontrándose hasta la fecha recluido en el Establecimiento Penitenciario de Río Seco de Piura por más de ciento once meses; es decir, pese a que ha transcurrido en demasía el plazo máximo de detención que establece el artículo 137° del Código Procesal Penal, no se ha expedido sentencia en primera instancia; de tal forma que la privación de su libertad ha devenido en arbitraria e inconstitucional.⁴⁸⁷

Durante la investigación sumaria se recabó la declaración de uno de los demandados -Luis Alberto Cevallos Vega, juez superior de la Sala Penal demandada-, quien refirió que: «un anterior juzgamiento del demandante fue declarado nulo en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional, pero que se le abrió un nuevo proceso penal con mandato de detención con fecha 16 de mayo de 2003, conforme al Decreto Legislativo N° 922, añadiendo que a partir de dicha fecha corre el plazo de detención de 36 meses establecido para los delitos de terrorismo, el mismo que aún no ha vencido».⁴⁸⁸

Sentenciada la causa, la demanda fue declarada infundada en primera instancia, al estimarse que «de conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 922, el plazo máximo para aplicar el artículo 137° del Código Procesal Penal se cuenta a partir del auto de apertura de instrucción que, en el caso de autos, es el 16 de mayo de 2003, siendo el plazo máximo de detención para el delito de terrorismo de 36 meses, el mismo que no ha transcurrido en exceso en el caso del accionante».⁴⁸⁹ Recurrida la sentencia, esta fue confirmada por los mismos fundamentos.

Como precisa el TC al delimitar el petitorio, la demanda tenía por objeto que se ordenara la inmediata excarcelación del accionante, ya que este alegaba encontrarse privado de su libertad por más de ciento once meses, sin haberse dictado sentencia en primera instancia.⁴⁹⁰ Así, al analizar el caso el Tribunal desestimó la demanda al considerar que:

Es necesario precisar que una de las formas en que opera la libertad procesal –que es un derecho del encausado de obtener la aplicación de una medida cautelar menos gravosa que la detención preventiva–, es al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código

⁴⁸⁷ STC N° 3771-2004-HC: antecedentes.

⁴⁸⁸ *Ibid ídem.*

⁴⁸⁹ *Ibid ídem.*

⁴⁹⁰ *Ibid ídem.*

Procesal Penal, y cuando el procesado no hubiese ejercido una defensa que afecte el principio de celeridad judicial, y que tampoco se hubiese dictado sentencia en primera instancia, de ahí que la doctrina y la jurisprudencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria.⁴⁹¹

En otras palabras, los presupuestos materiales que configurarían la libertad procesal serían los siguientes: a) vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva; b) inexistencia de una sentencia en primera instancia; c) conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa que entorpezca y atente contra la celeridad judicial.⁴⁹²

La libertad procesal supone la existencia previa de negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal. En consecuencia, la vulneración del plazo razonable para sentenciar es atribuible exclusivamente al juzgador.⁴⁹³

Las particularidades de la presente causa permiten afirmar que la reclamación del demandante no se condice con las consideraciones antes señaladas, por lo siguiente: **a)** el accionante fue juzgado por el delito de traición a la patria, regulado por el Decreto Ley N.º 25659, y ante tribunales militares, proceso que fue declarado nulo al hallarse comprendido en los alcances de la STC 010-2002-AI/TC; **b)** en dicha sentencia, este Tribunal declaró inconstitucional el delito de traición a la patria, definido y regulado por el Decreto Ley N.º 25659, así como la autorización que otorga para que el juzgamiento correspondiente se ventile en el fuero militar. Sin embargo, en la misma sentencia (fundamentos 229-230) se dispuso que la eventual realización de nuevos juicios para los procesados por el delito de traición a la patria debería efectuarse conforme a las normas que dictara el Congreso de la República, en un plazo razonable; **c)** el Congreso de la República promulgó el Decreto Legislativo N.º 922, que, de acuerdo con la STC 010-2002-AI/TC, regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y, además, establece normas sobre el proceso penal aplicable; **d)** el artículo 4° del Decreto Legislativo N.º 922 prevé, en cuanto al plazo límite de la detención a efectos del artículo 137° del Código Procesal Penal, que este se cuenta a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso; **e)** al accionante se le abrió nuevo proceso penal, con mandato de detención, por auto de fecha 16 de mayo de 2003, por la presunta comisión del delito de terrorismo, por lo que dada la naturaleza del citado delito y a que este se sustancia en la vía de procedimiento ordinario, el plazo máximo de detención es de 36 meses, el cual no ha sido sobrepasado.⁴⁹⁴

En consecuencia, no resulta acreditada la reclamación de excarcelación por exceso de detención, pretensión que, en todo caso, queda supeditada a los medios procesales que la ley prevé y que puedan ser articulados en el nuevo proceso penal, por lo que la presente demanda debe ser desestimada.⁴⁹⁵

Como puede apreciarse, la regla a partir de la cual se rechazó la demanda es aquella que establece que, son presupuestos materiales para disponer la libertad del procesado los siguientes: a) vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva; b) inexistencia de una sentencia en primera instancia; c) conducta procesal regular del encausado en la tramitación del proceso. Justamente, en el caso del demandante no se había vencido aún el plazo de duración de la detención preventiva.

⁴⁹¹ STC N° 3771-2004-HC, F. J. 20.

⁴⁹² *Ibid.*, F. J. 21.

⁴⁹³ *Ibid.*, F. J. 22.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, F. J. 23.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, F. J. 24.

Sin embargo, al fijar las reglas vinculantes del caso, el Tribunal aprovecha la ocasión para establecer algunas reglas acerca de la aplicación del Código Procesal Constitucional a los procesos que se habían iniciado antes de su vigencia.⁴⁹⁶ Asimismo, fija como precedente vinculante la trascrición del texto del artículo 9.3 del Pacto Interamericano Derechos Civiles y Políticos,⁴⁹⁷ así como cierta postura de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos plasmada en el Informe N° 12/96,⁴⁹⁸ y la doctrina sobre el plazo razonable del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citado en la sentencia.⁴⁹⁹ Finalmente, se dota de fuerza vinculante a fundamentos ajenos a la discusión del caso y que, en su mayoría, no contienen ningún criterio interpretativo. Dichos extremos vinculantes son los siguientes:

Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de

⁴⁹⁶ *Ibid.*, F. J. 2, 3 y 4.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, F. J. 10: «Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que esta lece que “[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte el artículo 7°5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de “[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”».

⁴⁹⁸ *Ibid.*, F. J. 15: «Esta postura normativa coincide con lo reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma que „La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal” (Informe N.° 12/96, párrafo 70)».

⁴⁹⁹ *Ibid.*, F. J. 19: «En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de *plazo razonable*, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N° 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculpadado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa obstruccionista* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)».

meritar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.⁵⁰⁰

Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables.⁵⁰¹

El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra *Lex Superior*, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona.⁵⁰²

La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.⁵⁰³

El derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.⁵⁰⁴

Tal situación se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 137º del Código Procesal Penal que regula el plazo máximo de la detención judicial, que en lo establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal.⁵⁰⁵

Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es *per se* razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato.⁵⁰⁶

No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por

⁵⁰⁰ *Ibid.*, F. J. 6.

⁵⁰¹ *Ibid.*, F. J. 7.

⁵⁰² *Ibid.*, F. J. 8.

⁵⁰³ *Ibid.*, F. J. 9.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, F. J. 11.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, F. J. 17.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, F. J. 18.

el contrario, a que permanezca detenido *ad infinitum*, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.⁵⁰⁷

5.2. Caso Maximiliano Villanueva Valverde

Este caso giraba en torno al pedido del demandante de que se diera cumplimiento a lo dispuesto por la Ley N° 23908, la misma que establece una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales. Así, el actor pedía que la demandada -Oficina de Normalización Previsional- cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con la citada ley, y que le reintegre las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales.⁵⁰⁸

Al absolver el traslado de la demanda, la Oficina de Normalización Previsional contesta solicitando que sea declarada improcedente. Petición que sustenta en que: «la Ley N° 23908 estableció el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo, tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria».⁵⁰⁹ Alega además que dicha norma fue derogada.

Sentenciada la causa en primera instancia, la demanda fue declarada fundada al considerarse que el recurrente obtuvo su pensión cuando la Ley N° 23908 se encontraba vigente, por lo que adquirió los derechos reconocidos en esta ley. No conforme con dicha decisión, la Oficina de Normalización Previsional interpuso recurso de apelación.

Absuelto el grado, la sentencia fue revocada al considerarse que el recurrente no había alcanzado el punto de contingencia antes del 18 de diciembre de 1992, fecha en que se derogó la Ley N° 23908. Al ser reformada se declaró improcedente la demanda.

Ahora bien, la controversia en el caso giraba en torno a determinar si el demandante había alcanzado el punto de contingencia antes o con posterioridad al 18 de

⁵⁰⁷ *Ibid*, F. J. 26.

⁵⁰⁸ STC N.° 0168-2005-PC: antecedentes.

⁵⁰⁹ *Ibid ídem*.

diciembre de 1992. Al analizar el caso, el Tribunal declaró infundada la demanda al considerar que:

En el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), este Colegiado estableció que “(...) los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado” (Fundamento 60).⁵¹⁰

En tal sentido, es claro que los criterios interpretativos que bajo el marco de la Constitución establecimos para la aplicación de la Ley N.º 23908, deben servir para resolver los casos originados por dicha ley en la vía jurisdiccional ordinaria y en la vía administrativa. Del mismo modo debe procederse respecto a los criterios relativos a otras normas legales sobre pensiones. Por ejemplo, los criterios interpretativos desarrollados en el caso Briones Vigo (Exp. N.º 0198-2003-AC/TC), fundamentos 2 a 15, relacionados con la aplicación de la Ley N.º 23908, constituirán precedentes de observancia obligatoria para las controversias derivadas de tal ley.⁵¹¹

En dicha sentencia se precisó que “El Decreto Ley N.º 25967 vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N.º 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituía el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia –19 de diciembre de 1992–, inaplicable la Ley N.º 23908 (...). Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N.º 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N.º 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y solo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N.º 25967” (Caso Briones Vigo Exp. N.º 0198-2003-AC/TC, fundamento 10).⁵¹²

En el presente caso, de la Resolución N.º 0000050737-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 20 de setiembre de 2002, que obra a fojas 2 de autos, se advierte que al demandante se le reconoció su pensión de jubilación a partir del 1 de diciembre de 1994. En consecuencia, habiéndose verificado la contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992 (fecha en que entró en vigencia el Decreto Ley N.º 25967), no le corresponde el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley N.º 23908, conforme a los criterios reseñados en el fundamento anterior. Razón por la cual la demanda debe ser desestimada. Del mismo modo, habiéndose desestimado la pretensión principal, la subordinada corre la misma suerte, por lo que el pedido de pago de devengados e intereses debe también desestimarse.⁵¹³

De allí que, es posible deducir que la razón fundamental de lo decidido en el presente caso vendría a ser la siguiente regla: *tienen derecho a la pensión mínima establecido en la Ley N.º 23908, todas aquellas personas cuyo punto de contingencia fue verificado antes del 18 de diciembre de 1992*. No obstante, al momento de fijar las reglas vinculantes, el Tribunal establece los requisitos comunes de la norma legal y el acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento. En este sentido, las reglas vinculantes del caso son:

⁵¹⁰ *Ibid.*, F. J. 19.

⁵¹¹ *Ibid.*, F. J. 20.

⁵¹² *Ibid.*, F. J. 21.

⁵¹³ *Ibid.*, F. J. 22.

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: a) Ser un mandato vigente. b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo. c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares. d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento. e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante. g) Permitir individualizar al beneficiario.⁵¹⁴

Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.⁵¹⁵

Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.⁵¹⁶

5. 3. Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque

Uno de los casos que mayores sobresaltos ha generado en la doctrina nacional, sin temor a equivocarme, ha sido el *caso Salazar Yarlenque*, debido al precedente sentando por el TC al resolver dicho caso.

En este caso, el demandante alegaba que la demandada -Municipalidad de Surquillo- le había impuesto una multa, sanción que decidió impugnar al no encontrarse conforme con ella; sin embargo, cuando se apersonó ante la demandada para concretar su impugnación, se le exigió previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación, pago que le era exigido en virtud al TUPA de la referida entidad edil.⁵¹⁷

Por ello, en su demanda, el actor pedía que: «se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos»⁵¹⁸, ya que la exigencia de dicho pago vulneraba su derecho de

⁵¹⁴ *Ibid*, F. J. 14.

⁵¹⁵ *Ibid*, F. J. 15.

⁵¹⁶ *Ibid*, F. J. 16.

⁵¹⁷ STC N° 3741-2004-AA/TC: antecedentes.

⁵¹⁸ *Ibid ídem*.

petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.⁵¹⁹

Al absolver el traslado de la demanda, la Municipalidad de Surquillo contesta la demanda aduciendo que: «la Constitución en su artículo 192°, inciso 3), reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos».⁵²⁰

Sentenciada la causa, la demanda fue declarada infundada en primera instancia, al considerarse que el monto establecido por concepto de impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada y, que además dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente. Recurrida la sentencia, esta fue confirmada con argumentos similares.⁵²¹

Al delimitar la controversia, el TC considera que lo que el actor cuestiona en este proceso, por contravenir sus derechos de petición y de defensa, es el cobro de la tasa por «derecho de impugnación», consignado en el rubro 1 del TUPA de la demandada.⁵²²

En ese contexto, la controversia «se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la municipalidad emplazada, como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante, violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Constitución».⁵²³

⁵¹⁹ *Ibid ídem.*

⁵²⁰ *Ibid ídem.*

⁵²¹ *Ibid ídem.*

⁵²² STC N° 3741-2004-AA/TC, F. J. 3.

⁵²³ *Ibid*, F. J. 17.

Al abordar el análisis del caso, el TC precisa que el derecho al debido procedimiento administrativo comprende el derecho a impugnar las decisiones de la administración, ya sea a través de los mecanismos previstos en el procedimiento administrativo o, de ser el caso, judicialmente mediante el proceso contencioso-administrativo o inclusive por medio del proceso de amparo.⁵²⁴ De tal forma que, el derecho de impugnar las decisiones administrativas converge con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del procedimiento administrativo o cuando estas se hayan agotado.⁵²⁵

Así, para el TC la constitucionalidad de la exigencia del pago de una tasa por *derecho de impugnación* no pasa por su reconocimiento en el TUPA de la municipalidad demandada, tal como esta sostenía, sino por su compatibilidad con la Constitución.⁵²⁶ En otras palabras, aun cuando un acto se sustente en una disposición normativa o reglamento, este siempre será susceptible control jurisdiccional, pues dicho sustento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que se pueda efectuar el control jurisdiccional de la administración.⁵²⁷

Por otro lado, el TC considera que el debido procedimiento administrativo supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado, en virtud de la cual, la actuación de la administración se encuentra sujeta a reglas previamente establecidas, las mismas que, en ningún caso, pueden representar restricciones o condicionamientos a la posibilidad que debe tener el administrado de ejercer en la práctica su derecho de defensa.⁵²⁸

Bajo estas premisas, el TC estima que, «en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución».⁵²⁹

Asimismo, al analizar si en el caso se había vulnerado el derecho defensa, el TC afirma que, toda persona sometida a una investigación, cuyos derechos e intereses son

⁵²⁴ *Ibid*, F. J. 19.

⁵²⁵ *Ibid ídem*.

⁵²⁶ *Ibid*, F. J. 20.

⁵²⁷ *Ibid*, F. J. 20.

⁵²⁸ *Ibid*, F. J. 21.

⁵²⁹ *Ibid*, F. J. 22.

objeto de discusión, debe tener la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses; por eso, se quebranta el derecho de defensa cuando los titulares de estos derechos e intereses se ven imposibilitados de hacer uso de los mecanismos previstos para su defensa o cuando la presentación de los argumentos de defensa se encuentran sujetas a determinadas condiciones.⁵³⁰

Al mismo tiempo, precisa el TC que los elementos esenciales del derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción prevén: (i) la posibilidad de recurrir la decisión al interior del procedimiento administrativo, (ii) la posibilidad de recurrir la decisión a través del proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo, (iii) la posibilidad de presentar pruebas de descargo, (iv) la obligación del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción, y (v) la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.⁵³¹

A partir de ello, concluye el TC que en el presente caso «se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente».⁵³² Resulta así que era contrario a la Constitución exigir al demandante el cumplimiento de la disposición contenida en la Ordenanza Municipal, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos.⁵³³

Aún dentro del marco de los hechos del caso, el TC estima que, «la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho».⁵³⁴ Pues, añade el TC, «el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la

⁵³⁰ *Ibid*, F. J. 24.

⁵³¹ *Ibid*, F. J. 25.

⁵³² *Ibid*, F. J. 26.

⁵³³ *Ibid ídem*.

⁵³⁴ *Ibid*, F. J. 28.

arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática».⁵³⁵

Igualmente, a partir de entender que, el derecho de petición, como cláusula general, comprende: (i) la facultad de presentar peticiones individuales o colectivas ante la administración; (ii) la facultad de contradecir las decisiones de la administración; (iii) la obligación de la administración de dar al interesado una respuesta por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, la misma que se concretiza, entre otros, en los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo petitionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.⁵³⁶ El TC considera que en el presente caso el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo, ya que se condicionó el ejercicio de tal derecho al pago de una tasa, con lo cual se impidió al recurrente la presentación de su recurso cuestionando el acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.⁵³⁷

Finalmente, el supremo intérprete de la Constitución se pregunta si el establecimiento de una tasa o derecho, ¿no supone acaso un obstáculo para la satisfacción del derecho de acudir ante la instancia judicial impugnando una decisión de la administración municipal?⁵³⁸ Respondiendo dicha interrogante, considera que «a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial»,⁵³⁹ ya que la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, «constituye una

⁵³⁵ *Ibid idem.*

⁵³⁶ *Ibid*, F. J. 31.

⁵³⁷ *Ibid*, F. J. 32.

⁵³⁸ *Ibid*, F. J. 33.

⁵³⁹ *Ibid*, F. J. 34.

interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto».⁵⁴⁰

En base a todo ello, queda claro que la *ratio decidendi* del caso, esto es, la regla general en base a la cual se decidió la controversia, necesariamente tenía que ser la siguiente:

Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.⁵⁴¹

De allí que, el Tribunal fijó dicha regla como precedente vinculante. Sin embargo, pese a que en el caso, la cuestión controvertida no giraba en torno a la necesidad de delimitar los supuestos en los que el Tribunal podía crear reglas vinculantes, ya que no existía algún precedente del cual apartarse o que debía ser anulado, el Tribunal estableció como precedente que:

Constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes: a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma. d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución. e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.⁵⁴²

Finalmente, en el caso tampoco se discutía acerca de si los tribunales administrativos deberían de efectuar el control difuso, pues ni el demandante ni la demandada habían planteado dicho argumento. No obstante, el TC dejando de lado los hechos del caso, decidió establecer como precedente vinculante que:

Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera

⁵⁴⁰ *Ibid.*, F. J. 35.

⁵⁴¹ *Ibid.*, F. J. 50, numeral B.

⁵⁴² *Ibid.*, F. J. 41.

manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.⁵⁴³

5.4. Caso César Antonio Baylón Flores

En este caso, el demandante -don César Antonio Baylón Flores- había sido despedido por la demandada -E.P.S. EMAPA HUACHO S.A.-, por lo que a través de su demanda solicitaba que: (i) se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004, (ii) se le reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, (iii) le paguen sus remuneraciones dejadas de percibir, (iv) le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles, y (v) se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida.⁵⁴⁴

Alegaba como sustentos de sus pedidos haber sido despedido «debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del „Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del sistema SICI“ llevado a cabo por el órgano de control de la empresa».⁵⁴⁵ Asimismo, refería «que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, contemplado en el artículo 31º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agrega que tales actos vulneran sus derechos constitucionales, su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso».⁵⁴⁶

Al absolver el traslado de la demanda, la empresa demandada dedujo la excepción de incompetencia por razón de la materia, argumentando que «la vía del amparo no resulta idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se

⁵⁴³ *Ibid*, F. J. 50, numeral A.

⁵⁴⁴ STC N° 0206-2005-PA: antecedentes.

⁵⁴⁵ *Ibid ídem*.

⁵⁴⁶ *Ibid ídem*.

puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. Sostiene –además– que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas, respetándose, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales».⁵⁴⁷

Por su parte, el codemandado Víctor Manuel Hacen Bernaola alegaba no tener vínculo alguno con el demandante, que la sanción impuesta ha sido consecuencia de la configuración de la falta grave cometida el demandante, y que el proceso de despido se realizó sin mala fe, dolo u arbitrariedad.⁵⁴⁸

Al sentenciar la causa, el Tercer Juzgado Civil de Huaura, declara infundada la excepción propuesta, al considerar que el proceso de amparo tiene carácter alternativo, de modo que ante la violación de un derecho constitucional, el titular del derecho puede escoger dicha vía para defender sus derechos; de la misma forma declara infundada la demanda al concluir que el actor había cometido las faltas graves que se le imputaban, y que en su despido se había observado el debido proceso.⁵⁴⁹ Decisión que, al ser apelada, fue confirmada por los mismos fundamentos.

En este contexto, la controversia en este caso se circunscribía a determinar si el despido había sido efectuado sin contravenir los derechos del demandante al trabajo, al debido proceso y a la protección contra el despido arbitrario, pues mientras el actor alegaba haber sido despedido arbitrariamente, los demandados sostenían que el despido había sido correctamente efectuado.

De allí que, al abordar el caso concreto, el TC rechazó la demanda, al considerar que:

El recurrente fue despedido el 17 de marzo de 2004, previo procedimiento de despido, imputándosele las faltas graves previstas en los incisos a) y c) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, concordadas con los incisos a), d) y f) del artículo 74.º del Reglamento Interno de Trabajo de la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. A tal efecto, en autos se advierte que se le cursó la carta de pre aviso y que pudo efectuar sus descargos; de manera que la empleadora cumplió con la ley laboral atinente a este tipo de procesos. Consiguientemente, no se advierte vulneración del debido proceso.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ *Ibid ídem.*

⁵⁴⁸ *Ibid ídem.*

⁵⁴⁹ *Ibid ídem.*

⁵⁵⁰ STC N° 0206-2005-PA. F. J. 26.

De otro lado, el demandante sostiene que se habría vulnerado el principio de inmediatez. Sobre este punto debe precisarse que la causa de despido se origina en el Informe N.º 009-2003 EPS EMAPA-HUACHO-OCI “Examen especial: so re presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del SICI” sistema informático comercial integrado llevado a cabo por el órgano de control interno de la empresa demandada, en el que se concluyó que se favoreció a terceras personas en la facturación del servicio de agua en perjuicio de la empresa. Dicho informe determinó la responsabilidad administrativa del recurrente, así como la de otros empleados.⁵⁵¹

Si bien es cierto que los hechos se produjeron durante el periodo 2002-2003, en que el demandante ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, no lo es menos que las responsabilidades por las irregularidades sólo se pudieron conocer una vez que culminó el informe llevado a cabo por el órgano de control de la empresa, y que fue comunicado a la alta dirección en enero de 2004, previa investigación en la que el recurrente también ejerció su derecho de defensa. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional estima que el procedimiento de despido, recomendado por el asesor legal externo, no vulneró el principio de inmediatez, toda vez que se inició dentro de un plazo razonable (Exp. N.º 0585-2003-AA). Por tal razón, este extremo de la demanda también debe desestimarse.⁵⁵²

Asimismo, el recurrente cuestiona los hechos que se invocan como causas justas de despido. Entre otros, que la demandada, apoyándose en el informe del órgano de control interno de la empresa, concluye que el demandante concedió, de manera irregular, rebajas al usuario Línea Interprovincial de Transportistas S.A.-LITSA; que se emitieron facturas a la empresa EMSAL cuando tales servicios ya habían sido cancelados, con su consiguiente ingreso en el registro de ventas de la empresa; que se hizo una rebaja en el cobro del servicio al señor Estanislao Loyola Hurtado; y que se cometieron irregularidades en la facturación del cliente Molitalia S.A. por la instalación de un medidor y la conexión de agua.⁵⁵³

El recurrente niega tales imputaciones y afirma que se deben a los defectos del sistema informático; asimismo, refiere que a nivel de la Fiscalía se decidió archivar la denuncia penal por los mismos hechos, puesto que no se comprobó responsabilidad penal alguna. Independientemente de las responsabilidades civiles o penales, el Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, de los actuados se advierte la existencia de hechos controvertidos, relativos a la declaración de responsabilidad del demandante en la causa justa de despido, cuya dilucidación no es posible en el proceso de amparo por su anotado carácter sumario. Por tanto, este extremo de la demanda debe declararse improcedente.⁵⁵⁴

Con relación a los pedidos de pago de remuneraciones dejadas de percibir y de indemnización por daños y perjuicios, deben ser declarados improcedentes, pues el amparo no es la vía idónea para resolver tales reclamos. Lo mismo debe declararse sobre la solicitud de que se denuncie penalmente al gerente general de la demandada.⁵⁵⁵

En este caso el TC tampoco dejó pasar la oportunidad para fijar reglas de procedencia del proceso de amparo en materia laboral, aun cuando el caso era ajeno a semejante cuestión. Así se fijaron, entre otras, las siguientes reglas:

En caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ *Ibid.*, F. J. 27.

⁵⁵² *Ibid.*, F. J. 28.

⁵⁵³ *Ibid.*, F. J. 29.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, F. J. 30.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, F. J. 31.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, F. J. 7.

En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.⁵⁵⁷

El Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.⁵⁵⁸

Los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.⁵⁵⁹

Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre.⁵⁶⁰

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” so re protecci n de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.⁵⁶¹

Conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo.⁵⁶²

Aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal

⁵⁵⁷ *Ibid*, F. J. 8.

⁵⁵⁸ *Ibid*, F. J. 9.

⁵⁵⁹ *Ibid*, F. J. 14.

⁵⁶⁰ *Ibid*, F. J. 15.

⁵⁶¹ *Ibid*, F. J. 16.

⁵⁶² *Ibid*, F. J. 19.

posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.⁵⁶³

La vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.⁵⁶⁴

Las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental.⁵⁶⁵

De lo transcrito se puede advertir, sin mayor dificultad, que las reglas fijadas como precedentes vinculantes, no solo no constituyen la *ratio decidendi* del caso, sino que además, en su mayoría, son elucubraciones doctrinarias⁵⁶⁶ acerca de las instituciones y disposiciones invocadas en dichas reglas, por lo que más allá de haber sido etiquetadas como precedentes, son en realidad una especie de *cuasilegislación*. Esto es, reglas creadas al margen de los hechos del caso en cuestión.

5.5. Caso Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S. A.

Los hechos de este caso se remontan al proceso de amparo iniciado por don Ysidoro Altamirano Puppi, en el que se declaró fundada su demanda, ordenándose que se le otorgue una pensión vitalicia conforme a la Ley N° 26790 y sus normas complementarias.⁵⁶⁷ En dicho proceso, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S. A., dedujo la excepción de arbitraje, pues alegaba que existe un procedimiento regular establecido en el artículo 9° del D.S. N.° 003-98-SA que dispone una etapa conciliatoria y, de ser el caso, un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.⁵⁶⁸ Excepción que fue rechazada en base al criterio sentado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 3746-2004-PA, esto es, que:

⁵⁶³ *Ibid*, F. J. 20.

⁵⁶⁴ *Ibid*, F. J. 21.

⁵⁶⁵ *Ibid*, F. J. 24.

⁵⁶⁶ *Ibid*, F. J. 10, 11, 12.

⁵⁶⁷ STC N° 00061-2008-PA, F. J. 1 (a).

⁵⁶⁸ STC N° 00061-2008-PA: antecedentes (demanda).

«(...) tratándose de un derecho de carácter indisponible como lo es el derecho a la salud esta debe ser desestimada, conforme lo establecido por el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje Ley N.º 26752 por cuanto se invoca la conculcación de un derecho fundamental del cual depende la subsistencia del accionante derecho que se encuentra amparado por la Constitución Política del Perú y es interpretado en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente resulta necesario analizar el fondo de la controversia en atención del artículo II del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo, en donde se establece como uno de los fines de los procesos constitucionales la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (...)».

Así, en el proceso en el que se emitió la sentencia bajo análisis, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S. A., interpuso una demanda de amparo contra amparo, alegando que se habían vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que: «(...) para tramitar la pretensión ventilada en el proceso de amparo en el cual se han emitido las sentencias cuya nulidad demandamos, existe un procedimiento regular establecido por la ley de la materia, específicamente el Art. 09 del D. S. N.º 003-98-SA (...) que dispone una etapa conciliatoria y, de ser el caso, un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (...)».⁵⁶⁹ Asimismo, considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales porque: «al haberse declarado fundada la demanda desestimándose la excepción de arbitraje deducida por nuestra parte el referido proceso de amparo es irregular pues justamente desconoce la existencia de una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para tramitar el derecho controvertido (...)».⁵⁷⁰

A partir de lo expuesto, se tiene que la controversia en el presente caso consistía en determinar si el rechazo de la excepción de arbitraje deducida por Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S. A., había afectado los derechos de la parte demandante al haber sido irregularmente rechazada.

En primera y segunda instancia la demanda fue desestimada, pues se argumentaba que las sentencias que se cuestionaban en el presente proceso, fueron emitidas en un proceso regular en el que la demandante hizo uso de todos los recursos para cuestionarlas y que la decisión tomada se basaba en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁵⁶⁹ STC N° 00061-2008-PA, F. J. 2.

⁵⁷⁰ *Ibid idem.*

Al resolver la controversia el Supremo Intérprete de la Constitución declaró infundada la demanda al considerar, en único fundamento, que:

En el presente caso, de la revisión de las sentencias cuestionadas obrantes de fojas 26 a 31, se desprende que los emplazados para desestimar la excepción de arbitraje utilizaron como fundamento lo señalado por este Tribunal Constitucional en la STC 3746-2004-AA/TC, es decir, que actuaron conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que no existe vulneración de algún derecho fundamental; razón por la cual corresponde desestimar la demanda.⁵⁷¹

Ahora bien, en este caso el TC sentó como precedentes vinculantes, por un lado, la obligación del juez de declarar improcedente las excepciones de arbitraje o convenio arbitral que tengan como sustento el artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-98-SA;⁵⁷² por el otro, fijó las reglas que deberán observarse para que el arbitraje voluntario sea constitucional.⁵⁷³ Estas reglas vinculantes de alguna forma guardaban una estrecha relación con los hechos del caso, ello a pesar de que no fueron usadas por el TC al resolver el caso. Sin embargo, además de dichas reglas, se fijó como precedente vinculante que:

En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.⁵⁷⁴

En cuanto a este último criterio queda claro que no guarda ninguna relación con los hechos del caso, por lo tanto, no podría ser la *ratio decidendi* de la decisión

⁵⁷¹ *Ibid*, F. J. 17.

⁵⁷² STC N° 00061-2008-PA, F. J. 12: «Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes».

⁵⁷³ STC N° 00061-2008-PA, F. J. 15: «Para que el arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron: 1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud. 2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional. 3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial. 4. Que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje. El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él».

⁵⁷⁴ STC N° 00061-2008-PA, F. J. 18.

adoptada, y si no es la *ratio*, se trata entonces de una regla creada de manera abstracta al margen del caso.

5.6. Caso Alejandro Tarazona Valverde

En el caso materia de análisis, se advierte que en la demanda de amparo interpuesta por don Alejandro Tarazona Valverde contra la Oficina de Normalización Previsional, se formulaban concretamente los siguientes peticiones: (i) que se declare inaplicable la Resolución N° 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de mayo de 2005, (ii) que como consecuencia de la inaplicación se otorgue al actor una pensión de jubilación conforme al artículo 47° del Decreto Ley N° 19990, y (iii) que se le abone las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.⁵⁷⁵

El demandante alegaba que la resolución cuestionada vulneraba su derecho fundamental a la pensión, «por cuanto no le reconocía sus aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, por lo que solicita que se le reconozca dicho período de aportaciones y que se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47° del Decreto Ley N° 19990».⁵⁷⁶

La parte demandada al absolver el traslado de la demanda, la contradice arguyendo que «el demandante no reúne los requisitos establecidos en el artículo 47° del Decreto Ley N° 19990 para tener derecho a una pensión del régimen especial de jubilación, debido a que no ha nacido antes del 1 de julio de 1931».⁵⁷⁷ Sumado a ello, se aprecia que al denegar la pensión al accionante, la emplazada consideró que: «a) sólo había acreditado 17 años y 5 meses de aportaciones y, b) existía la imposibilidad material de acreditar los 22 años y 10 meses de aportaciones efectuados de 1965 a 1970, de 1975 a 1978 y de 1980 a 1984, así como los períodos faltantes de 1964, 1971, 1973, 1974, 1979, de 1985 a 1992 y de 1994 a 1996».⁵⁷⁸

La demanda fue declarada fundada en parte en primera instancia, al considerarse que el demandante había acreditado cumplir con los requisitos establecidos en el

⁵⁷⁵ STC N° 04762-2007-PA: antecedentes.

⁵⁷⁶ *Ibid*, F. J. 2.

⁵⁷⁷ *Ibid*, antecedentes.

⁵⁷⁸ *Ibid*, F. J. 31.

artículo 44° del Decreto Ley N° 19990 para acceder a una pensión de jubilación adelantada.⁵⁷⁹ Esta decisión fue revocada en segunda instancia, al estimarse que el demandante pretendía acreditar sus años de aportaciones con unos certificados de trabajo que no resultan idóneos para el reconocimiento de años de aportaciones conforme al artículo 54° del Decreto Supremo N° 011-74-TR.⁵⁸⁰

Al analizar el caso el TC declaró fundada la demanda al considerar que:

“Para demostrar la titularidad del derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que lo configuran, el demandante ha adjuntado a su demanda dos certificados de trabajo obrantes a fojas 9 y 14, y dos liquidaciones de beneficios sociales obrantes a fojas 10 y 11, que acreditan que ha trabajado para Electro Cerámica Chimbote S.A. desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992. Consecuentemente, en aplicación de los artículos 11.° y 70.° del Decreto Ley N.° 19990, dicho periodo deberá ser tomado en cuenta como periodo de aportaciones para efectos de otorgarle pensión de jubilación, aun cuando el empleador no hubiese hecho el pago de las aportaciones correspondientes, toda vez que la demandada debe efectuar la cobranza de las aportaciones indicadas de acuerdo con las facultades que le otorga la ley, haciendo uso de los apremios que resulten necesarios para dicho fin.⁵⁸¹

Por tanto, tomando en cuenta la documentación mencionada, el actor acredita 21 años y 4 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales, sumados a los 17 años y 5 meses de aportaciones reconocidos por la demandada, hacen un total de 38 años y 9 meses de aportaciones. Asimismo, con el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, se acredita que el demandante nació el 25 de noviembre de 1949, y que cumplió los 55 años el 25 de noviembre de 2004.⁵⁸²

Siendo así, el demandante reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada; y, consiguientemente, se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe abonarle las pensiones devengadas de conformidad con el artículo 81.° del Decreto Ley 19990, para lo cual deberá tener en cuenta la fecha de apertura del Expediente N.° 00900037205, en el que consta la solicitud de la pensión denegada.⁵⁸³

Ahora, una de las reglas fijadas como precedente vinculante si respondía a los hechos del caso. Dicha regla fue la siguiente:

El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de Orcinea, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ *Ibid*, antecedentes.

⁵⁸⁰ *Ibid idem*.

⁵⁸¹ STC N° 04762-2007-PA, F. J. 32.

⁵⁸² *Ibid*, F. J. 33.

⁵⁸³ *Ibid*, F. J. 34.

⁵⁸⁴ *Ibid*, F. J. 26 (a).

A partir de ello, queda claramente evidenciado que en el *Caso Alejandro Tarazona Valverde*, el Tribunal Constitucional además de la regla antes citada -que si guardaba relación con los hechos del caso-, estableció las siguientes reglas vinculantes:

La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones han sido arbitrarios o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.⁵⁸⁵

La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.⁵⁸⁶

En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282.º del Código Procesal Civil.⁵⁸⁷

No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar.⁵⁸⁸

No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiestamente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.⁵⁸⁹

5.7. Caso Alfredo De la Cruz Curasma

En este caso el demandante -don Alfredo De la Cruz Curasma- interpone demanda amparo contra la Oficina de Normalización Previsional, a efectos de que: (i)

⁵⁸⁵ *Ibid*, F. J. 26 (b).

⁵⁸⁶ *Ibid*, F. J. 26 (c).

⁵⁸⁷ *Ibid*, F. J. 26 (d).

⁵⁸⁸ *Ibid*, F. J. 26 (e).

⁵⁸⁹ *Ibid*, F. J. 26 (f).

se declare inaplicable la Resolución 0000049744-2004-ONP/DC/DL 1990, de fecha 13 de julio de 2004, (ii) se le otorgue una pensión de jubilación minera conforme a la Ley N° 25009, y (iii) se le reintegren los montos dejados de percibir al no haberse reconocido su derecho pensionario.⁵⁹⁰

Para la entidad demandada la pretensión formulada en la demanda debía ser sustanciada en un proceso que cuente con etapa probatoria dado que el demandante no había cumplido con acreditar las aportaciones efectuadas al Sistema Nacional de Pensiones.⁵⁹¹

Sentenciada la causa en primera instancia, la demanda fue declarada improcedente al considerarse que para afianzar la validez del certificado de trabajo presentado por el demandante se debió acompañar los documentos detallados en el reglamento del Decreto Ley N° 1990.

Apelada la sentencia, esta fue revocada por el superior en grado, órgano jurisdiccional que declaró «fundada en parte la demanda disponiendo que se reconozcan las aportaciones efectuadas por el demandante en los años 1956 y 1957, e improcedente el reconocimiento de las realizadas en el período 1958-1968, considerando que el amparo no es la vía idónea para ello por carecer de etapa probatoria».⁵⁹²

En este contexto, la cuestión sobre la que debía pronunciarse el Tribunal Constitucional se circunscribía a las aportaciones no reconocidas durante el período 1958-1968, ello a fin de determinar si con estas aportaciones el demandante alcanzaba el mínimo de años de aportaciones requeridas para acceder a la pensión de jubilación minera conforme a la Ley N° 25009.

Precisamente, sobre este punto el Tribunal Constitucional se pronuncia en los siguientes términos:

“(…) Respecto de las aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11° y 70° del Decreto Ley N° 1990 establecen, respectivamente, que "Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)", y que "Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7° y 13° aun cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las

⁵⁹⁰ STC N° 05430-2006-PA: antecedentes.

⁵⁹¹ *Ibid idem.*

⁵⁹² *Ibid idem.*

aportaciones”. Más aún el artículo 13° de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7° de la Resolución Suprema N° 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dispone que la emplazada debe "Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley."⁵⁹³

Para acreditar las aportaciones efectuada en el periodo 1958-1968 el demandante ha recaudado a fojas 4 un certificado de trabajo original expedido por el Superintendente General de la Corporación Minera Castrovirreyna S. . en el que consta que la ora en mina subterránea durante 20 años y 4 meses, tiempo en el cual están incluidos los 9 años y 6 meses ya reconocidos.⁵⁹⁴

En consecuencia se advierte que el demandante se desempeñó durante 20 años y 4 meses como trabajador minero, con más de 10 años de servicio efectivo en la modalidad de mina subterránea, estableciéndose la fecha de la contingencia el 13 de noviembre de 1995. Por tanto, a la fecha de la presentación de su solicitud cumplía los requisitos (edad, aportes y trabajo en la modalidad) para percibir una pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009.⁵⁹⁵

En cuanto al pago de las pensiones devengadas e intereses ha sido precisado el mérito de aplicación del fundamento 15 d) del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-HC), este Tribunal ordena el pago de las pensiones devengadas conforme a lo establecido en el artículo 81 del Decreto Ley 19990 (desde 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud a la ONP) y el pago de los intereses generados conforme a la tasa establecida por el artículo 1246 del Código Civil.

Adicionalmente en atención a lo dispuesto por el artículo 56o del Código Procesal Constitucional la entidad demandada deberá cumplir con abonar los costos del proceso (...).⁵⁹⁶

Ahora bien, la cuestión en este caso giraba alrededor de las aportaciones no reconocidas durante el período 1958-1968, ya que a partir de ello se determinaría si el demandante cumplía con el mínimo de años de aportaciones para acceder a la pensión demandada. Así, para el TC, el demandante al haber acreditado que se había desempeñado durante 20 años y 4 meses como trabajador minero, con más de 10 años de servicio efectivo en la modalidad de mina subterránea, había acreditado sus aportaciones por dicho período, por lo que le correspondía acceder a dicha pensión. Para arribar a esta conclusión, el supremo intérprete de la constitución crea la siguiente regla:

Por mandato de la ley (artículos 11° y 70° del Decreto Ley N° 19990) los empleadores están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios, correspondiendo a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de tales aportaciones. Debido a ello, el demandante no necesita acreditar de manera directa sus aportaciones, ya que dichos aportes serán acreditados con el certificado de trabajo que acredite que el demandante se encontraba trabajando durante el periodo en el que debieron efectuarse los aportes.⁵⁹⁷

⁵⁹³ STC N° 05430-2006-PA, F. J. 20.

⁵⁹⁴ *Ibid*, F. J. 21.

⁵⁹⁵ *Ibid*, F. J. 22.

⁵⁹⁶ *Ibid*, F. J. 23.

⁵⁹⁷ *Ibid*, F. J. 22.

No obstante, que dicha regla se desprende del texto de la sentencia y guarda una estrecha relación con los hechos del caso, a tal punto de ser la razón fundamental de lo decidido, este criterio no fue fijado como precedente. Con lo cual se pone de manifiesto que las reglas vinculantes establecidas en este caso, no solo fueron creadas al margen de los hechos del caso, sino que además son, de cara a la decisión adoptada, meros *obiter dicta*.

En este sentido, se advierte que se ha fijado como precedente vinculante que, cuando en el proceso de amparo la pretensión esté relacionado con el contenido esencial del derecho a la pensión⁵⁹⁸, se observarán las siguientes reglas:

Quien se considere titular de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.⁵⁹⁹

Quien se considere titular de una pensión de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.⁶⁰⁰

Los titulares de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes de cualquier régimen previsional, podrán interponer un amparo, cuando se acredite una afectación al derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente, en los términos del fundamento 37.c) del Caso Anicama, y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.⁶⁰¹

Se procederá de la misma forma señalada en las reglas que anteceden, en los casos que se demande la afectación del derecho a la igualdad en los términos del fundamento 37 e) del Caso Anicama.⁶⁰²

⁵⁹⁸ Dicho contenido ha sido delimitado en el fundamento 37 de la STC N° 1417-2005-PA: Caso Anicama.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, F. J. 14 (regla sustancial 1).

⁶⁰⁰ *Ibid.*, F. J. 14 (regla sustancial 2).

⁶⁰¹ *Ibid.*, F. J. 14 (regla sustancial 3).

⁶⁰² *Ibid.*, F. J. 14 (regla sustancial 4).

Cuando en sede judicial se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido– delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y no se hubiere ordenado el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.⁶⁰³

El Tribunal no admitirá el RAC sobre pensiones devengadas, reintegros e intereses cuando verifique que el demandante no es el titular del derecho o que la pretensión no está directamente vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.⁶⁰⁴

En suma, en este caso el Tribunal creó sus precedentes prescindiendo de los hechos del caso, en un intento de fijar abstractamente reglas de procedencia del proceso de amparo y del recurso de agravio constitucional en materia de pensiones.

5.8. Caso Ernesto Casimiro Hernández

En este caso el demandante, don Ernesto Casimiro Hernández, pretendía que: (i) se le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790, y (ii) el pago de las pensiones devengadas. Decía el actor que «con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, se encuentra probado que adolece de neumoconiosis con 80% de incapacidad, razón por la cual tiene derecho a que Rímac le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790».⁶⁰⁵

Para la demandada la pretensión formulada en el presente proceso ya había sido planteada en un anterior proceso de amparo, en el cual se ordenó a la Oficina de Normalización Previsional que otorgue al demandante una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790.⁶⁰⁶ Por ello, decía la demandada, el actor no tenía derecho a una segunda pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790, pues la Oficina de Normalización Previsional le venía abonando dicha pensión.⁶⁰⁷

A partir de ello, el Tribunal Constitucional consideraba que la controversia en el presente caso consistía en determinar si resulta legítimo que un asegurado pueda

⁶⁰³ *Ibid.*, F. J. 14 (regla sustancial 5).

⁶⁰⁴ *Ibid.*, F. J. 14 (regla sustancial 6).

⁶⁰⁵ STC N° 02513-2007-PA, F. J. 2.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, F. J. 3.

⁶⁰⁷ *Ibid idem.*

percibir por la misma enfermedad profesional: (i) dos pensiones vitalicias conforme al Decreto Ley N° 18846, o (ii) dos pensiones de invalidez conforme a la Ley N° 26790, o (iii) una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 y una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790.⁶⁰⁸ Esto atendiendo a que la pensión vitalicia fue sustituida por la pensión de invalidez para cubrir las mismas contingencias.

Delimitada así la controversia, el TC desestimó la demanda al considerar que:

“Sobre la posibilidad de percibir una doble pensión por una misma enfermedad profesional, debemos remitirnos al precedente vinculante originalmente establecido en la STC 10063-2006-PA, y reconocido como precedente vinculante mediante las STC 6612-2005-PA y 10087-2005-P en cuanto se al a que “ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N.º 19990 o a la Ley N.º 26790”.⁶⁰⁹

Respecto a los elementos de interés para la resolución del presente caso, debe señalarse que con la Resolución N° 11, de fecha 24 de mayo de 2005, dictada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N° 2004-1846, obrante en autos como acompañado, se prueba que a la Oficina de Normalización Previsional se le ordenó que le otorgue al demandante una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas. Asimismo, debe destacarse que en el proceso referido la demanda de amparo fue declarada fundada porque con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, que también ha sido presentado en el presente proceso, se probó que el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) con 80% de incapacidad.⁶¹⁰

Por lo tanto, advirtiéndose que el demandante se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790, no resulta legítimo que pueda percibir una segunda pensión de invalidez por la misma enfermedad profesional que padece, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.”⁶¹¹

Como puede apreciarse, la *ratio decidendi* del caso fue que «ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N° 19990 o a la Ley N.º 26790». ⁶¹² Ratio que fue establecida como precedente vinculante en la STC N° 6612-2005-PA y STC N° 10087-2005-PA.

A pesar de todo esto, el TC aprovechó la ocasión para unificar en una sola sentencia los criterios vinculantes que fueron sentados en la STC N° 6612-2005-PA,

⁶⁰⁸ *Ibid*, F. J. 4.

⁶⁰⁹ *Ibid*, F. J. 50.

⁶¹⁰ *Ibid*, F. J. 51.

⁶¹¹ *Ibid*, F. J. 52.

⁶¹² *Ibid*, F. J. 50.

STC N° 10087-2005-PA y STC N° 00061-2008-PA. Pero no solo eso. Además, dejando de lado los hechos del caso, sentó las siguientes reglas vinculantes:

La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.

Procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.

En los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.

Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.

A la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

5.9. Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional

Mediante Resolución N° 12, de fecha 15 de marzo de dos mil 2006, el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc contra Provias Nacional y ordenó que lo reponga en su puesto de trabajo. Decisión que posteriormente fue confirmada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.⁶¹³

Para la demandante -Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional)- la resolución antes citada vulnera sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y de defensa, debido a que: (i) la Segunda Sala

⁶¹³ STC N° 03908-2007-PA: antecedentes.

Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque no fundamentó porqué se apartaba del precedente establecido en la STC N° 0206-2005-PA/TC, la misma que establecía que el proceso contencioso administrativo era una vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo en el régimen laboral público; (ii) al haberse tramitado y resuelto la pretensión de reposición en el proceso de amparo, se inobservó el precedente establecido en la STC N° 0206-2005-PA/TC, así como la sentencia de la Segunda Sala Laboral dictada en el Exp. N° 1853-2004-BE(S), que dispuso que don Jesús Ponce Failoc hiciera valer su derecho en la vía correspondiente.⁶¹⁴

En base a estas razones, el *Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional)* interpone demanda de amparo, solicitando que se declare nula y se suspenda los efectos de la Resolución N° 12, de fecha 15 de marzo de 2006.⁶¹⁵

En primera instancia la demanda fue declarada improcedente, al considerarse que la sentencia emitida en el primer proceso de amparo fue emitida dentro de un proceso regular. Decisión que al ser apelada, fue confirmada por la instancia superior al estimarse que el precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N° 0206-2005-PA/TC permite que se pueda acudir al proceso de amparo cuando se demuestre la falta de idoneidad del proceso contencioso administrativo o debido a la urgencia del caso.

En este contexto, el Tribunal delimita la controversia alrededor de determinar si la demanda cumple con los presupuestos para la procedencia del “amparo contra amparo” establecidos en el fundamento 39 de la STC 4853-2004-PA/TC, y de ser calificada positivamente su procedencia, en analizar, si la sentencia cuestionada contraviene el precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC.

Al abordar el análisis del caso, el TC consideró que la demanda de amparo, en mérito a la cual se ordenó la reposición de don Jesús Ponce Failoc, fue presentada antes de que entrara en vigencia el precedente sentado en la STC 0206-2005-PA/TC,⁶¹⁶ por lo que, en dicho caso, debía aplicarse el precedente establecido en la STC N° 3771-2004-HC/TC, según la cual «las normas procesales tienen aplicación inmediata siempre que

⁶¹⁴ *Ibid ídem.*

⁶¹⁵ *Ibid ídem.*

⁶¹⁶ *Ibid*, F. J. 11.

de su aplicación no se desprenda una mayor restricción o menoscabo a los derechos en cuestión». ⁶¹⁷ En otras palabras, «los precedentes vinculantes en cuanto establecen reglas procesales para la admisión o rechazo de pretensiones, deben aplicarse incluso a procesos en trámite, siempre que de su aplicación no se desprenda algún menoscabo a la tutela judicial efectiva o al derecho de acceso a los órganos de la justicia constitucional». ⁶¹⁸

En base a ello, el supremo intérprete de la Constitución advierte que en el caso de autos las instancias judiciales, «al estimar la demanda de amparo interpuesta por don Jesús Ponce Failoc, determinaron, sin que ello haya sido desvirtuado por la parte recurrente: a) que el referido trabajador había prestado servicios en calidad de servidor público en forma continua, bajo dependencia y siguiendo un horario de trabajo y bajo el régimen laboral de la actividad pública, por un período de 3 años y 8 meses; b) que resultaba de aplicación al caso, la protección que le otorga el artículo 1° de la ley N° 24041; c) que en consecuencia, no podía ser despedido sino con causa justificada y siguiendo el procedimiento establecido en la ley; d) que al haberse procedido a despedirlo de manera unilateral, se han violado los derechos del referido trabajador a la debida protección contra el despido arbitrario, así como sus derechos al trabajo y al debido proceso, por lo que ordenaron su reposición». ⁶¹⁹

Por lo que, concluye el TC «que en el caso de autos, no solo no se ha podido acreditar ninguna violación de los derechos que invoca el recurrente, sino que además la interposición de un nuevo proceso de amparo para desacatar una sentencia estimatoria que ordenó la reposición de un trabajador arbitrariamente despedido de su puesto de trabajo, constituye un claro intento por desatender los mandatos judiciales que se dictan en defensa de los derechos fundamentales». ⁶²⁰

Pues bien, en el *Caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional* el demandante acude ante el Tribunal debido a que su demanda de amparo contra amparo había sido desestimada en primera y segunda instancia, es decir, si bien se alegaba la inobservancia de un precedente vinculante, no se trataba de un supuesto en el que se había interpuesto un recurso de agravio constitucional a favor del precedente.

⁶¹⁷ *Ibid.*, F. J. 12.

⁶¹⁸ *Ibid.*, F. J. 13.

⁶¹⁹ *Ibid.*, F. J. 14.

⁶²⁰ *Ibid.*, F. J. 15.

Sin embargo, esto no fue óbice para que el Tribunal dejara sin efecto las reglas vinculantes establecidas en el fundamento 40 de la STC N° 04853-2004-PA/TC.⁶²¹

De ello se desprende que, el Tribunal no solo crea sus precedentes vinculantes, mayormente, al margen de los hechos del caso, sino que además, deja sin efecto tales criterios vinculantes de manera abstracta. Por eso, es importante hacer hincapié en que, el Tribunal al dejar sin efecto el precedente no sienta un nuevo criterio, esto es, no construye una nueva regla para los casos posteriores. En otras palabras, al dejar sin efecto el precedente el Tribunal no hace uso de la técnica del *overruling*, por lo que dicha actividad se asemeja sustancialmente a la labor del legislador, cuando de abrogar las leyes se trata.

5.10. Caso Consorcio Requena

El *Consorcio Requena* interpone demanda de amparo contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Público a cargo de sus asuntos judiciales, solicitando la nulidad de la Resolución N° 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR (I Convocatoria); asimismo, solicita que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva Sala administrativa del OSCE.

La demandante alega como sustento de sus pedidos que, se han vulnerado sus derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal. Sostiene que en su recurso administrativo de apelación, en el proceso de Licitación Pública N° 001-2011-MPR se re ejecuci n de la o ra “Reha il itaci n y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto” la Primera Sala del

⁶²¹ “El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.”

Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del “Gerente de Obras” que no ha sido materia de su impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Agrega que la citada Sala administrativa resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer jurídico distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N° 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012.

Por su parte, el Procurador Público del OSCE absuelve la demanda indicando que el amparo es un proceso residual y que el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria para resolver la controversia. Señala que al momento de resolverse la apelación del demandante no se ha vulnerado el “principio de congruencia” pues se ha aplicado el artículo 5° de la Ley N° 27444, que autoriza a los órganos administrativos a incorporar de oficio nuevas cuestiones de hecho y derecho, aun cuando no hayan sido planteadas por los administrados. Refiere también que la mencionada Resolución N° 97-2012-TC-S1 fue emitida en otro expediente administrativo y que no constituye un precedente de observancia obligatoria, por lo que no cabía extender su criterio al caso del demandante.

Sentenciado el proceso en primera instancia, la demanda fue declarada fundada, al considerarse que en cuanto al título profesional de ingeniero civil del “Gerente de Obras” se cumplió con presentar el diploma de incorporación del Colegio de Ingenieros del Perú y el certificado de habilidad, los cuales son documentos suficientes para acreditar el grado profesional del “Gerente de Obras” propuesto. Recurrída ante el órgano superior, la sentencia fue revocada, y al ser reformada se declaró improcedente la demanda, al estimarse que la vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es el proceso contencioso administrativo, proceso de plena jurisdicción que permite al juez ordinario no solo anular, sino además, reconocer, restituir o indemnizar un derecho conculcado.

Al delimitar el petitorio y determinar la procedencia de la demanda, el Tribunal advierte que lo que en realidad se plantea está relacionado con el contenido del derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa, al haberse producido básicamente las siguientes afectaciones: i) afectación al derecho de defensa, en cuanto presuntamente se incorporó el análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso

administrativo de apelación del demandante y, **ii**) afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ocasionada por la emplazada supuestamente por decidir, para el caso concreto del actor, aplicando un criterio jurídico distinto al previamente establecido en un pronunciamiento administrativo anterior.⁶²² Asimismo, el Tribunal considera que efectivamente el proceso contencioso administrativo es vía específica y satisfactoria para dilucidar la presente controversia; sin embargo, la gravedad de los hechos denunciados así como su relevancia constitucional, justifican que las afectaciones invocadas sean analizadas en el presente proceso.⁶²³

Al analizar el fondo de la cuestión controvertida, el Tribunal considera que, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar.⁶²⁴

En este sentido, precisa el Tribunal que, en el presente caso, se desprende de la propia Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (considerando 19) que, mediante escrito ingresado el 9 de febrero de 2012, el demandante realizó sus descargos acerca de la no acreditación de los requisitos para el “Gerente de O ra”. Por lo que si bien el demandante ha se a lado que no pudo ejercer una defensa “completa” en autos no o ra n medios probatorios que sustenten tal afirmación. A partir de ello, el Tribunal entiende que sí pudo realizar la correspondiente contradicción contra el nuevo punto de controversia en mención. Por lo tanto, concluye el Tribunal que no se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa del demandante.⁶²⁵

Al pronunciarse sobre la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal subraya que en el presente caso para la evaluación de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, se ha planteado como *término de comparación* la Resolución N.º

⁶²² STC N.º 04293-2012-PA/TC, F. J. 2.

⁶²³ *Ibid*, F. J. 3.

⁶²⁴ Criterio que había sido establecido en la establecido en la STC N.º 00884-2004-AA/TC: “ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses. Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad.”

⁶²⁵ STC N.º 04293-2012-PA/TC, F. J. 14.

97-2012-TC-S1, de fecha 15 de enero de 2012. Resoluciones que fueron emitidas por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE, colegiado que estuvo conformado por los mismos integrantes (Basulto Liewald, Seminario Zavala y Isasi Berrospi), que opinaron acerca del mismo supuesto de hecho, o sea, de la acreditación de los requisitos mínimos para el personal profesional de ingeniería, y que en ambas se expusieron pareceres jurídicos distintos.⁶²⁶

Por lo que debía examinarse si la Resolución N° 170-2012-TC-S1 ha ofrecido una justificación objetiva y razonable para realizar un trato desigual.⁶²⁷ Sobre este punto, el TC considera que:

En una primera oportunidad, la Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (15 de enero de 2012) establece que, sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos para el profesional en ingeniería, la presentación del “Título Profesional” es un documento prescindible si es que se han adjuntado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. Conforme expresa la misma Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (considerando 10 y 11), existe la suposición de que si el profesional tiene registro en el citado Colegio, se entiende entonces que necesariamente posee el título profesional, dado que según la Ley N.º 24648, Ley del Colegio de Ingenieros del Perú la colegiatura es “obligatoria” y según el Estatuto del mismo Colegio para la incorporación como miembro ordinario es necesario tener título de ingeniero expedido, revalidado o reconocido.⁶²⁸

Luego, en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (15 de febrero de 2012), la misma Sala considera contrariamente que es indispensable adjuntar la “copia del Título Profesional” aun cuando se haya cumplido con presentar los diplomas de Colegiatura y Habilidad. Cabe precisar que en ambas resoluciones administrativas se analiza la pertinencia de la presentación del referido documento a partir de sus propias bases, siendo que en ambas se exigía de igual modo, como uno de los medios para acreditar el grado profesional la referida “copia del Título Profesional”.⁶²⁹

En consecuencia, este Colegiado concluye que en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado. Se ha constatado que en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. En ese sentido, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.⁶³⁰

En base a estas consideraciones el TC declara infundada la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa, y la declara fundada en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

⁶²⁶ *Ibid*, F. J. 23.

⁶²⁷ *Ibid idem*.

⁶²⁸ *Ibid*, F. J. 25.

⁶²⁹ *Ibid idem*.

⁶³⁰ *Ibid*, F. J. 26.

Aun cuando el caso ya había quedado zanjado, el Tribunal no perdió la oportunidad para analizar si las reglas fijadas para el establecimiento de un precedente en la STC N° 00024-2003-AI/TC, fueron observadas cuando se fijó el precedente contenido en el STC N° 03741-2004-PA/TC, precedente con el que se extendió la potestad de ejercer el control difuso a los tribunales administrativos. Ello debido a que:

- a. Ni en la *praxis* judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias respecto al sentido de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso.
- b. Tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tanto más cuanto que en la misma sentencia no se hace referencia a una aplicación indebida de una norma perteneciente al mismo.
- c. No existía un vacío legislativo ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional o en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N.º 017-93-JUS, que es el ámbito de acción natural para aplicar el control difuso en un proceso jurisdiccional. De otro lado, con la delimitación hecha en la Constitución de a quién le corresponde el ejercicio de tal potestad, es comprensible que ni la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, ni otras disposiciones administrativas hayan legislado sobre el particular.
- d. No se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución que socaven la primacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico.
- e. Por último, el precedente sentado en el fundamento 50 del Expediente N.º 03741-2004-PA/TC no se estableció para cambiar algún precedente vinculante preexistente.

Ahora bien, en la STC N° 00024-2003-AI/TC, el Tribunal había señalado que una de las condiciones para el uso del precedente era la existencia de relación entre caso y precedente vinculante. Es decir, la regla que con efecto normativo el TC decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso particular.⁶³¹ Por lo que, el TC no podía fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.⁶³²

En dicho contexto, era evidente que el precedente fijado en la STC N° 03741-2004-PA/TC, no guardaba relación con los hechos del caso ni era necesaria para la decisión adoptada, pues había sido fijada so pretexto de la solución del caso. Sin embargo, el Tribunal guarda silencio sobre esta inobservancia. Omisión que pone de manifiesto el desdén de este órgano jurisdiccional frente a los hechos del caso particular.

⁶³¹ STC N° 00024-2003-AI/TC: condiciones del uso del precedente constitucional vinculante.

⁶³² *Ibid idem.*

Para finalizar este capítulo, es importante recordar que, como ha dicho MARCOS, la potestad otorgada legislativamente al Tribunal para que dicte precedentes bajo ciertas condiciones y requisitos de orden formal, tenía como propósito «permitir al Tribunal, como órgano de cierre del sistema, establecer con carácter vinculante ciertas reglas o criterios conforme a los cuales las instancias judiciales resuelvan casos que tengan ciertas propiedades comunes. Sin embargo, la ausencia de tradición en el empleo de esta técnica permitió observar un trato errático en su formulación».⁶³³

Por ello advierte MARCOS que «si se analiza la jurisprudencia del período diciembre-2004/agosto-2013, se podrá concluir que de los 44 precedentes que se dictaron, cinco de ellos fueron los que más se emplearon por el Tribunal a modo de autoprecedentes: cuatro eran amparos (tres en materia pensionaria y uno en materia laboral) y el quinto fue dictado en un proceso de cumplimiento, fijando las condiciones de empleo de este proceso (una suerte de *writ of mandamus* del derecho anglosajón)».⁶³⁴ Es decir, muchos de los precedentes que se dictaron durante ese lapso tenían claramente la vocación de hacer frente a la sobrecarga que agobiaba al Tribunal Constitucional.⁶³⁵

A razón de ello, el análisis del contenido de los precedentes «evidencia que estos no se dictaron con el propósito de establecer criterios o reglas con los cuales las instancias judiciales debieran resolver casos semejantes, sino como una técnica destinada a aliviar la carga procesal del TC».⁶³⁶

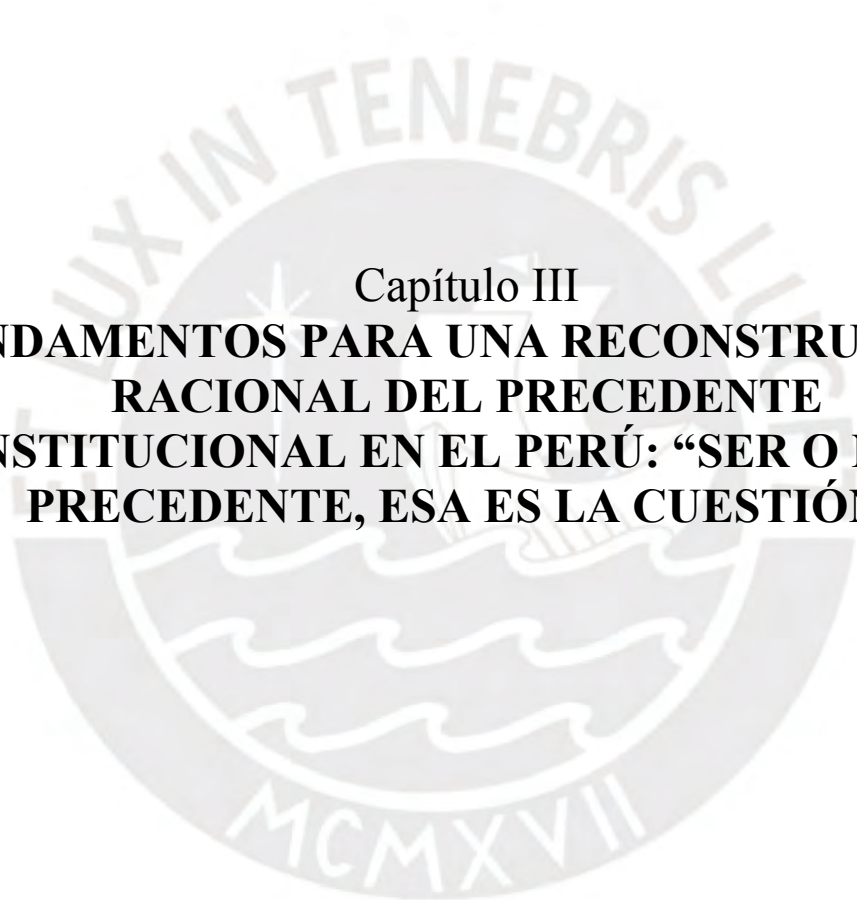
De ahí que, agobiado por la carga procesal, el Tribunal encontró en el precedente al instrumento que le permitiría descongestionar su labor como órgano de cierre del sistema. Así, los casos se convirtieron en el mejor de los pretextos para crear reglas «*cuasilegislativas*», al margen de los hechos del caso, y sin que sean necesarias para la decisión que adoptaba.

⁶³³ CARPIO, 2015: 169.

⁶³⁴ *Ibid idem.*

⁶³⁵ *Ibid idem.*

⁶³⁶ *Ibid:* 172.



Capítulo III
**FUNDAMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN
RACIONAL DEL PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: “SER O NO SER
PRECEDENTE, ESA ES LA CUESTIÓN”**

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. SIN HECHOS NO HAY PRECEDENTE: 2.1. El significado de las palabras. A propósito del significado convencional de la palabra «*precedente*» en el mundo del derecho. 2.2. Los hechos del caso concreto como marco esencial para la actividad creativa del juez: la necesidad de ir de lo particular a lo general, de lo concreto a lo abstracto. 2.3. Los hechos del caso concreto como límite para la creación del precedente constitucional. 3. LOS HECHOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA *RATIO DECIDENDI*. 4. LOS HECHOS EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE. 5. LOS HECHOS EN LA SUPERACIÓN DEL PRECEDENTE. 6. HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS VI Y VII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: 6.1. Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente. 6.2. Génesis del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 6.3. Fundamentos para una nueva interpretación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 6.4. La importancia de los hechos en la creación, determinación y aplicación del precedente vinculante. Hacia una nueva interpretación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

1. PREMISA

El término «hecho» es sumamente ambiguo. Así, algunos llaman hecho a todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal, distinguiendo como dos tipos de hechos a los eventos y a los objetos. No obstante, el sentido en el que los juristas emplean la palabra hecho es más restringido y viene a coincidir con la idea de evento.⁶³⁷

En este sentido, RUSSELL⁶³⁸ definía al hecho como aquello que hace verdaderas o falsas nuestras proposiciones y creencias. Por ello, si decimos que «está lloviendo», nuestra proposición será verdadera en determinada condición atmosférica y falsa en otras. Ergo, las condiciones atmosféricas que hacen que mi enunciado sea verdadero o falso, según el caso, constituyen un hecho.

Por otro lado, los hechos también pueden ser distinguidos en hechos genéricos y hechos individuales. Cuando decimos que un hecho ha sido probado en un proceso judicial, nos referimos a los hechos individuales; mientras que cuando hablamos de los hechos descritos en las normas como desencadenantes de una consecuencia jurídica, aludimos a los hechos genéricos.⁶³⁹ A partir de ello, «lo que se debe constatar en un proceso judicial es en primer lugar si un “hecho individual” ha tenido lugar y en segundo lugar si es un caso de un “hecho genérico” descrito en una norma».⁶⁴⁰

En este último caso, «el juicio de hecho consiste en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente. Es decir, si nos movemos en la idea de la subsunción, se trataría de determinar la premisa menor del silogismo».⁶⁴¹ El juicio sobre los hechos presenta tres fases principales: la presentación de los hechos, la actividad probatoria y la fijación de los hechos.⁶⁴²

Ahora bien, «la presentación de los hechos se proyecta sobre unos hechos brutos, es decir, sobre unos hechos pasados que no pueden ser objeto de contemplación directa o inmediata por quien juzga ni por las partes. Son presentados o descritos por las partes, convirtiéndose así en hechos alegados».⁶⁴³ Dado que estos hechos no son

⁶³⁷ GONZÁLEZ, 2005: 20.

⁶³⁸ Citado por GONZÁLEZ 2005: 20.

⁶³⁹ *Ibid*: 22.

⁶⁴⁰ *Ibid ídem*.

⁶⁴¹ ASÍS, 1995: 99.

⁶⁴² *Ibid*: 101.

⁶⁴³ *Ibid ídem*.

evidentes para el juzgador, es necesario llevar a cabo una determinada actividad probatoria, la cual se proyectará en dos planos: el de los medios probatorios y el de los hechos. En el primero, se buscará determinar la fiabilidad que generan cada uno de los medios probatorios. En el segundo, se interpretarán y valorarán los hechos a efectos de determinar su significado y su verosimilitud o la creencia en su veracidad.⁶⁴⁴

Por ello, en la construcción de su decisión el juez deberá realizar un relato fáctico con sentido, fijando los hechos sobre los que va a centrar el juicio de derecho. Es decir, debe tratar de llevar a cabo una exposición de los hechos que sea susceptible de integración de un supuesto de hechos normativo. En otras palabras, el juez presentará los hechos como susceptibles de ser analizados desde una perspectiva normativa.⁶⁴⁵

Por otra parte, la aplicación del derecho consiste en la determinación de consecuencias jurídicas para unos hechos dados. Así, en la decisión judicial el proceso de aplicación del derecho determina las consecuencias jurídicas de un hecho cuya existencia es controvertida por las partes en un juicio.⁶⁴⁶ A todo esto, «el tribunal como órgano del Estado para la aplicación del derecho, tiene que tomar una decisión de evidencia afirmando lo siguiente: “el hecho F ha ocurrido en el tiempo t y en el espacio s” (enunciado existencial). Los enunciados existenciales en forma de decisiones de evidencia son elementos necesarios para una justificación de la decisión jurídica».⁶⁴⁷ Debido a esto, los problemas de los hechos en el derecho son altamente relevantes para cualquier consideración acerca de la aplicación del derecho y de la toma de decisiones jurídicas.⁶⁴⁸

En suma, los hechos no solo son relevantes para la aplicación del derecho y la toma de decisiones judiciales, sino que además, son sumamente importantes para la construcción del precedente judicial. Ello en la medida que la *ratio decidendi* de una decisión anterior es construida a partir de su idoneidad para resolver el caso concreto, y los casos «son circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida, por un determinado sistema normativo».⁶⁴⁹ Dicho de

⁶⁴⁴ *Ibid idem.*

⁶⁴⁵ *Ibid idem.*

⁶⁴⁶ WRÓBLEWSKI, 2013: 264.

⁶⁴⁷ *Ibid*: 264-265.

⁶⁴⁸ *Ibid*: 265.

⁶⁴⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2006: 52.

otra manera, la *ratio decidendi* debe ser construida teniendo en cuenta, además de las normas, las características peculiares del hecho sobre el que debe recaer la decisión en concreto.⁶⁵⁰

2. SIN HECHOS NO HAY PRECEDENTE

Ante todo, es importante tener en cuenta que «determinar el hecho en el contexto de la decisión significa esencialmente definir cuál es el hecho “concreto” o “histórico” al que se aplica la norma idónea para decidir el caso o bien, pero no es lo mismo, establecer cuál es el hecho controvertido para después decidir cuál es la norma que debe serle aplicada».⁶⁵¹ Ello quiere decir que «en la decisión, todos los hechos que se deben determinar, y sólo ellos, son aquellos a los que se aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión».⁶⁵²

En este contexto, el precedente puede ser concebido como una decisión judicial que contiene en sí mismo un principio. Este principio subyacente a la decisión, que forma su elemento de autoridad, no es otra cosa más que la *ratio decidendi*.⁶⁵³

Pero, también se entiende por precedente al pronunciamiento judicial definitivo sobre una cuestión jurídica correctamente planteada.⁶⁵⁴ En otros términos, como una solución racional a un conjunto de cuestiones que se producen en un momento dado, la misma que es percibida como una contribución significativa para el futuro.⁶⁵⁵ Todo esto, en la medida que las decisiones judiciales cumplen dos funciones principales: por un lado, resuelven la controversia planteada entre las partes en el caso concreto y, por el otro, sirven como parámetros de orientación para la conducta futura.

De ahí que, con mucha razón, el precedente es visto como un evento pasado, esto es, como una decisión anterior que sirve como guía para las decisiones futuras.⁶⁵⁶ De tal manera que seguir un precedente es trazar una analogía entre un caso y otro.⁶⁵⁷ Es más, el precedente es una forma de razonamiento en el que se espera que los jueces se

⁶⁵⁰ TARUFFO, 2011a: 215.

⁶⁵¹ TARUFFO, 2011b: 96.

⁶⁵² *Ibid*: 97.

⁶⁵³ GOODHART, 1930b: 161.

⁶⁵⁴ LOBINGIER, 1946: 965.

⁶⁵⁵ DEUTSCH, 1974: 1584.

⁶⁵⁶ DUXBURY, 2008: 1.

⁶⁵⁷ *Ibid*: 2.

adhieran a las decisiones anteriores que tratan sobre la misma cuestión, independientemente de sus propios puntos de vista.⁶⁵⁸

Con todo, el precedente es una decisión judicial tomada a la luz de un caso concreto, cuya *ratio decidendi* puede servir como norma para la decisión de casos posteriores que sean similares al caso anterior.⁶⁵⁹

2.1. El significado de las palabras. A propósito del significado convencional de la palabra «precedente» en el mundo del derecho.

Sostiene FERRAZ que, entre los juristas podemos advertir la existencia de dos concepciones de la lengua: la teoría esencialista y la teoría convencionalista.

La *teoría esencialista* parte de la creencia de que la lengua es un instrumento que designa la realidad, es decir, los conceptos lingüísticos reflejan la esencia de las cosas. Para esta concepción las palabras son el vehículo de esos conceptos. Por ello, en principio, debe haber una sola definición válida para una palabra, obtenida por medio de procesos intelectuales como la abstracción de las diferencias y la determinación del núcleo.⁶⁶⁰

La *teoría convencionalista*, por su parte, concibe la lengua como un sistema de signos, cuya relación con la realidad es establecida arbitrariamente por los hombres. Por ello, lo que debe ser tomado en cuenta es el uso social o técnico de los conceptos, que puede variar de comunidad en comunidad.⁶⁶¹

Así pues, cuando se postula que «la relación entre los símbolos lingüísticos y la realidad es convencional y no natural, no significamos solamente que la palabra que denota una clase de objetos, designando propiedades comunes a ellos, podría ser reemplazada por otra, como ocurre efectivamente en otros idiomas. Se quiere decir

⁶⁵⁸ SCHAUER, 2008: 455

⁶⁵⁹ Para Núñez, en sentido amplio, «se puede entender por precedente a aquéllas decisiones jurisdiccionales que resuelven algún caso genérico o individual, y a las que se les reconoce eficacia no únicamente *inter partes*» (NÚÑEZ, 2016: 130).

⁶⁶⁰ FERRAZ, 2009: 30.

⁶⁶¹ *Ibid*: 31; ITURRALDE, 2014: 81: «El carácter convencional del lenguaje no tiene que ver con sus orígenes, esto es, con decisiones adoptadas en un momento determinado por un acuerdo común de un grupo de personas y con que una vez éstos decidieran usar una palabra con un significado y otros individuos resolvieran hacer lo mismo y la práctica se extendió. Así como sucede con la teoría del contrato social en la ciencia política, la idea de que las palabras obtienen su significado por convención es un mito si se toma literalmente».

también que el mismo término podría tener un significado diferente del que posee en el lenguaje ordinario y que hay libertad para otorgárselo sin incurrir en falsedad (aunque dificultando la comunicación)». ⁶⁶²

En pocas palabras, la relación entre las expresiones y su significado es un producto cultural y, como tal, meramente convencional. ⁶⁶³

De esta manera, «cuando se habla del significado de las palabras, se suele aludir tanto a su *denotación* (o extensión) –la clase de cosas o hechos nombrada por la palabra-, como a su *designación* (o connotación e intensión) –el conjunto de propiedades que debe reunir las cosas o hechos para formar parte de la clase denotada por el término. La designación y la denotación de una palabra están en función recíproca. Si la designación se amplía (por ejemplo, porque antes se exigían las propiedades A y B para que un objeto integrara la clase y ahora se requieren A, B y C), la denotación posible de la palabra se restringe, porque hay potencialmente menos objetos que reúnan un mayor número de propiedades definitorias. A la inversa, una exigencia menor en cuanto a las designación de la palabra, lleva a una extensión mayor de la denotación potencial de ella». ⁶⁶⁴

Ahora bien, el lenguaje jurídico es el lenguaje en el que están formuladas las prescripciones normativas. ⁶⁶⁵ En realidad, se trata de un subtipo del lenguaje natural, pues comparte con este varios y relevantes rasgos, tanto semánticos como pragmáticos, tales como, la vaguedad, la contextualidad del significado y la viabilidad en tanto que instrumento de comunicación. ⁶⁶⁶

En este contexto, debemos dar cuenta de lo siguiente: ¿qué significa la expresión «*precedente judicial*» en el lenguaje jurídico?

⁶⁶² NINO, 2007: 251.

⁶⁶³ CÁCERES, 2000a: 36.

⁶⁶⁴ NINO, 2007: 251-252.

⁶⁶⁵ WRÓBLEWSKI, 2013: 133.

⁶⁶⁶ *Ibid*: 134.

Como subraya CHIASSONI⁶⁶⁷, la locución «*precedente judicial*» circula en una variedad de acepciones diferentes. Entre estas, pueden considerarse las más importantes y que ameritan una redefinición más precisa, las siguientes cuatro acepciones⁶⁶⁸:

- (1) En un primer sentido, un precedente judicial es *una sentencia*, pronunciada en un momento anterior, útilmente publicada, en la cual se decide sobre hechos y cuestiones del mismo o similar tipo, de los hechos y cuestiones sobre las cuales se trata de decidir ahora o se tratará previsiblemente de decidir en un tiempo futuro. En esta primera acepción podemos hablar de *precedente-sentencia*.
- (2) En un sentido más restringido, un precedente judicial es la *ratio decidendi* de una sentencia pronunciada en un momento anterior, útilmente publicada, en la cual se decide sobre hechos y cuestiones del mismo o similar tipo, de los hechos y cuestiones sobre las cuales se trata de decidir ahora o se tratará previsiblemente de decidir en un tiempo futuro. En esta acepción se puede hablar de *precedente-ratio decidendi*.
- (3) En un sentido mucho más restringido que el anterior, un precedente judicial es la *ratio decidendi*, considerada particularmente *prestigiosa*, de una sentencia pronunciada en un momento anterior, útilmente publicada, en la cual se decide sobre hechos y cuestiones del mismo o similar tipo, de los hechos y cuestiones sobre las cuales se trata de decidir ahora o se tratará previsiblemente de decidir en un tiempo futuro. Aquí, se puede hablar de *precedente-ratio decidendi autoritativo*.
- (4) Finalmente, en un cuarto sentido, un precedente judicial es la *ratio decidendi* por hipótesis común a –y repetida en– una serie significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior, útilmente publicada, en la cual se decide sobre hechos y cuestiones del mismo o similar tipo, de los hechos y cuestiones sobre las cuales se trata de decidir ahora o se tratará

⁶⁶⁷ CHIASSONI, 2012: 214.

⁶⁶⁸ *Ibid*: 214-216.

previsiblemente de decidir en un tiempo futuro. En esta última acepción se puede hablar de *precedente-ratio decidendi consolidada*.

Un lugar común para todas estas acepciones, es que la expresión «*precedente judicial*» es, normalmente, usada para hacer referencia a una decisión anterior en la que se decidió acerca de hechos o cuestiones similares a los hechos o cuestiones sobre los que se debe decidir ahora. En otras palabras, podemos hablar de «*precedente judicial*» cuando la decisión anterior fue construida como una respuesta a los hechos y las cuestiones que configuraban el caso precedente, y que a partir de su similitud con los hechos y las cuestiones del caso presente, debe ser seguido en la decisión que se adopte para este último caso.

De ahí que «la expresión “precedente” es usada por los juristas anglosajones para identificar el principio de derecho (*ratio decidendi*) que ha sido aplicado por un juez para decidir en un caso análogo al que le corresponde ahora resolver a otro juez, o incluso al mismo».⁶⁶⁹

Por tanto, no se puede hablar de «*precedente judicial*», si el extremo vinculante de la decisión anterior es una regla ajena a la decisión adoptada. Pues, son los hechos del caso concreto y los hechos del caso posterior, los que permiten calificar una decisión anterior como precedente.

En suma, la expresión «*precedente judicial*» tiene un significado convencional en el Derecho, del cual no se puede prescindir al analizar aquellos enunciados normativos en los que se hace alusión a dicha expresión. Por ello, el precedente judicial es -y no puede ser otra cosa más que-, la *ratio decidendi* de una decisión tomada a la luz de un caso concreto, que puede servir como norma para la decisión de casos posteriores que sean similares a este.

Ahora bien, el precedente arribó a nuestro sistema jurídico vía trasplante legal. Por lo que, no debemos olvidar que «cuando se imitan las normas legales o las instituciones, a veces las palabras se prestan de la misma manera. En tales casos, los

⁶⁶⁹ PIZZORUSSO, 1984: 401.

términos transmiten información sobre el préstamo que se ha producido». ⁶⁷⁰ En nuestro caso, la palabra precedente, aun cuando la doctrina nacional no ha prestado atención a ello, transmite mucha información acerca de este injerto.

A partir de esta información, queda claro que la potestad de crear precedentes no es una potestad para crear reglas vinculantes al margen de los hechos del caso, y menos aún que la actividad creativa de los jueces sea similar a la del legislador. Hablar de precedentes es hablar de una decisión judicial anterior, en la cual se decidió sobre determinados hechos, y cuyo extremo vinculante es la regla que sirvió para justificar lo decidido: la *ratio decidendi*.

En síntesis: el precedente es siempre una *ratio* relativa a un caso particular. ⁶⁷¹

2.2. Los hechos del caso concreto como marco esencial para la actividad creativa del juez: la necesidad de ir de lo particular a lo general, de lo concreto a lo abstracto.

Debe subrayarse, antes que nada, que la interpretación judicial es una actividad orientada a los hechos que tiene como punto de partida un supuesto de hecho particular, del que se busca la solución. En otras palabras, cuando los jueces llevan a cabo su actividad interpretativa, no se preguntan cuál es el significado en abstracto del texto normativo, sino si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de cierta norma. ⁶⁷²

De manera que, la tarea del juez no comienza con la atribución de significado a un texto normativo, aun cuando sea este el momento central de su labor. Más bien, se trata de un quehacer en el que se entrecruzan apreciaciones fácticas y normativas, toda vez que los hechos serán ponderados a la luz de criterios legales y estos, a su vez, identificados en función de los hechos. ⁶⁷³

En este contexto, las reglas vinculantes son el resultado de la interpretación de los textos normativos en función a los hechos del caso particular. Por eso, cuando los juristas hablan del precedente, normalmente hacen referencia a una decisión relativa a

⁶⁷⁰ SACCO, 1991a: 16.

⁶⁷¹ Cfr. TARUFFO, 2007: 710.

⁶⁷² GUASTINI, 1999b: 20.

⁶⁷³ PRIETO, 2005b: 180.

un caso particular, toda vez que existe una vinculación esencial del precedente con los hechos de un caso.

Por ello, como subraya TARUFFO, el precedente es siempre una decisión concerniente a un caso particular, en la que existe la necesidad de que el significado de la regla legal utilizada como criterio de decisión se concrete para referirse a la solución del caso particular. En otras palabras, el precedente no puede entenderse si la interpretación de la ley que se aplicó en él no está directamente relacionada con el caso específicamente decidido.⁶⁷⁴ Pero eso no es todo, ya que la correlación entre el precedente y la norma general que se intenta interpretar implica, por un lado, que dicha norma se lea a la luz de su aplicación actual o posible al caso concreto y, por otro lado, que la decisión tomada en el caso anterior pueda desplegar, de alguna manera, efectos prescriptivos o normativos sobre la decisión del próximo caso solo a condición de que pueda derivarse del precedente una regla aplicable a otros casos.⁶⁷⁵

Con todo, queda fuera de toda discusión, que el primer objetivo del juez debe ser alcanzar la decisión más justa en el caso particular dentro del marco de la ley. Así, el juez, primero, debe preocuparse en resolver el caso y determinar la regla vinculante después. Todo esto, en la medida que los jueces desarrollan su actividad creativa en el marco de la solución de un caso concreto.

Por cierto, los jueces en el *common law*, entienden que las disputas o controversias entre las partes son la plataforma adecuada para la creación del derecho.⁶⁷⁶ Es decir, saben que su labor creativa solo puede ser desarrollada en el contexto de resolver casos particulares.

La estrecha vinculación entre el caso concreto y la actividad creativa del juez constituye la esencia de la doctrina del precedente judicial, ya que es a partir de los hechos que configuran el caso concreto que los jueces construyen una norma general para resolverlo, y es con ocasión de la similitud de estos hechos con los hechos del caso presente que tal regla deviene en vinculante.

⁶⁷⁴ TARUFFO, 2007: 710.

⁶⁷⁵ *Ibid ídem*.

⁶⁷⁶ SCHAUER, 2006: 883-884.

En el *common law* los jueces entienden que el poder que tienen para crear derecho, de ningún modo los autoriza a crearlo de forma similar a la legislación. Por eso, se da mucha importancia a los hechos del caso, sea en cuanto a la elaboración del precedente o en cuanto al análisis y la aplicación de los precedentes.⁶⁷⁷

De ahí que, la aplicación de un precedente depende de las similitudes y diferencias fácticas que existan entre el caso anterior y el caso presente.⁶⁷⁸ Es a partir de la comparación entre los hechos de uno u otro caso, que se determinará la aplicación del precedente. Así, si los hechos relevantes de un caso son sustancialmente similares a los de un caso previo, el juez deberá de seguir el precedente; mientras que, si los hechos son distintos podrá distinguir un caso de otro e inaplicar el precedente.⁶⁷⁹

Ahora bien, el precedente proporciona razones para decidir sobre hechos particulares, puesto que la *ratio decidendi* debe ser construida teniendo en cuenta no solo las normas, sino además las características del hecho sobre el que debe recaer la decisión en concreto. Por eso, «el alcance de una regla, y por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos que serán considerados similares a aquellos que se dieron cuando la regla fue enunciada por vez primera».⁶⁸⁰

Por otro lado, la potestad que tienen ciertos tribunales para crear precedentes vinculantes se ejerce en el contexto del ejercicio del poder jurisdiccional que les otorga la Constitución. Por ello, las decisiones judiciales en las que se crean los precedentes, son actos jurisdiccionales: esto es, actos a través de los cuales se exterioriza la decisión de un caso particular. Justamente, el acto jurisdiccional más paradigmático es la sentencia.

Por esta razón, cuando los jueces crean precedentes –y, a través de ellos, normas generales de carácter vinculante–, no solo deben crearlos en el contexto de un caso particular, sino que además la regla vinculante tiene que ser necesaria para resolver el caso.

⁶⁷⁷ MARINONI, 2013: 293.

⁶⁷⁸ MAGALONI, 2001: 83.

⁶⁷⁹ *Cfr.* GOODHART, 1959: 119, para este autor, en el *common law* el juez llega a una conclusión sobre los hechos tal como los ve, pues es sobre estos hechos que basa su juicio, y no sobre otros.

⁶⁸⁰ LEVI, 2005: 12.

Cuando la norma general vinculante es construida al margen de los hechos del caso particular, esta no puede ser catalogada como precedente, pues es la *ratio decidendi* el único extremo de una decisión anterior a la que normalmente se le reconoce la condición de precedente, y la *ratio* solo puede ser deducida a partir de los hechos del caso.

A partir de ello, el carácter general de la norma creada en el caso precedente, no implica la creación en abstracto de dicha norma, esto es, dejando de lado los hechos del caso; sino que es a partir de los hechos del caso concreto que el juez puede realizar generalizaciones y crear una regla aplicable a otros casos.

SCHAUER advierte que no existen dos casos que sean exactamente iguales, «pero la idea de la obligatoriedad del precedente presupone que una decisión previa regulará un conjunto subsiguiente de hechos que son *semejantes* al primero. No obstante, dada la falta de absoluta identidad, el factor que determina la similitud debe provenir de algo diferente de la pretendida decisión vinculante de ciertos hechos particulares. Desde un cierto punto de vista, ese factor determinante de la similitud o *regla de relevancia* es establecida por el segundo tribunal. Dado que el primer caso (precedente) no contiene ninguna generalización, quien ha de tomar la decisión en el segundo caso crea la generalización *en ese momento* a la luz de las circunstancias del caso que ha de resolverse y las del caso precedente».⁶⁸¹

La tarea de identificar el precedente vinculante es problemática en gran parte porque el tribunal precedente al momento de decidir el caso anterior no tiene por propósito formular una regla canónica aplicable a un sin número de casos actuales; es decir, el tribunal precedente no se pregunta qué reglas debe formular para casos distintos al caso a resolverse. Contrariamente, centra su preocupación en decidir el caso particular, y para hacerlo crea una regla acorde con los hechos del caso, esto es, una regla que es la *ratio decidendi* de su decisión.

Por ese motivo, es el juez del caso actual el que encontrará en la *ratio decidendi* del caso precedente una norma general aplicable a su caso, en virtud a la similitud entre los hechos de ambos casos. Como dice SCHAUER, el juez del caso posterior crea la generalización a la luz de las circunstancias del caso actual y las del caso precedente.

⁶⁸¹ SCHAUER, 2004: 246.

Como puede apreciarse, por un lado, los hechos del caso concreto son esenciales para crear la *ratio decidendi*; por el otro, son igual de esenciales para determinar la aplicación del precedente. De ahí que podemos afirmar que *sin hechos no hay precedente*.

El carácter esencial de los hechos del caso particular en la creación del precedente no admite mayor discusión. Por ello, no puede interpretarse como una autorización para crear precedentes al margen de los hechos del caso particular, el que se haya otorgado al Tribunal Constitucional la potestad de señalar cuándo sus decisiones constituyen precedente y cuál es el extremo normativo de los mismos.

Recuérdese que uno de los temas más problemáticos en torno a la doctrina del precedente en el *common law* es la determinación de la *ratio decidendi*. Por ello, existe en dicha tradición mucha discrepancia en cuanto a cuál sería el método más idóneo para hallar el extremo vinculante de una decisión previa.

Quizá, persuadido por esta problemática, nuestro legislador prefirió asignarle al Tribunal Constitucional la tarea de señalar qué decisiones suyas son precedentes y cuál es la *ratio decidendi* de las mismas. Así, no sólo se aseguraría que la *ratio decidendi* respondiera a los hechos del caso particular, sino que además se evitaría la posibilidad de que se determinen *ratios* inconsistentes con los hechos del caso, e inclusive, contradictorias unas con otras.

Finalmente, ceñirse a los hechos del caso no trae consigo que la norma creada en la decisión anterior sea una norma particular, pues si alguna norma se crea en el precedente esta necesariamente tiene que ser una norma general. Precisamente, esta generalización de la norma creada para la decisión del caso particular es lo que hace posible su aplicación en casos posteriores.

2.3. Los hechos del caso concreto como límite para la creación del precedente constitucional.

El núcleo esencial de lo que históricamente ha venido a ser llamado el Estado Constitucional ha sido limitar el ejercicio del poder. A fin de lograr este propósito, inicialmente se distinguieron las distintas funciones del Estado: legislativa, ejecutiva y judicial, debido a que, no existía mayor diferencia entre la actividad del legislador y la

del juez, ambos solo tenían competencia para interpretar y aplicar el derecho. Luego se atribuyeron dichas funciones a diferentes órganos del Estado.⁶⁸²

Precisamente, la distribución de las funciones estatales a diferentes órganos, es lo que usualmente se conoce como separación de poderes. Sin embargo, se suele confundir esta doctrina con la idea del balance o equilibrio de los poderes *-checks and balances-*, a pesar de que son nociones claramente distinguibles.⁶⁸³

Ahora bien, en sentido estricto, la separación de los poderes no se reduce a la mera división del poder político entre una diversidad de órganos; implica más bien la especialización completa de las funciones estatales más la plena independencia recíproca de los órganos del Estado. La separación de los poderes comporta la ausencia de relaciones mutuas entre el legislativo, el ejecutivo y el jurisdiccional.⁶⁸⁴

Por ello, en un régimen de separación de poderes: «(a) primero, a los jueces les está prohibido legislar, es decir, crear normas generales (recuérdese el art. 5 del Code Napoleón); y esto parece implicar, entre otras cosas, que los precedentes judiciales no sean vinculantes (lo que equivale a decir que la separación estricta es incompatible con cualquier forma de Derecho judicial); (b) segundo, al legislativo y al ejecutivo les está prohibido juzgar, es decir, decidir controversias particulares; (c) tercero, ni los actos legislativos, ni los actos ejecutivos (administrativos) están sujetos a control jurisdiccional: a los jueces no les está consentido en caso alguno denegar la aplicación de las leyes, ni les está consentido anular actos administrativos (el control sobre los actos administrativos está reservado a un órgano especial de la misma administración, esto es del ejecutivo como por ejemplo algún tipo de “tribunal administrativo” cuya independencia y neutralidad política no puede ser plena)».⁶⁸⁵

El *checks and balances*, por su parte, admite la existencia de relaciones mutuas entre los poderes del Estado y la influencia mutua de unos sobre otros. Es decir, se admite la necesidad de que para cada poder exista un contra-poder. Así, respecto al poder jurisdiccional, *checks and balances* comporta que todo acto del legislativo o ejecutivo esté sujeto a control jurisdiccional, teniendo los jueces el poder de juzgar la

⁶⁸² MALEM y SELEME, 2013: 276 y ss.

⁶⁸³ GUASTINI, 2014b: 5.

⁶⁸⁴ *Ibid ídem.*

⁶⁸⁵ *Ibid ídem.*

conformidad de las leyes a la Constitución y la sujeción de los actos administrativos a la observancia de la Constitución y la ley.⁶⁸⁶

De ahí que, «la separación de los poderes es ineficaz para garantizar el imperio de la ley, ya que, en esta forma de gobierno, los ciudadanos, cuyos derechos constitucionales o legales sean violados por leyes inconstitucionales y/o por actos administrativos ilegales, no tienen acceso a algún remedio eficiente».⁶⁸⁷

En este contexto, como sugiere GUASTINI, una combinación entre separación y equilibrio de los poderes parece deseable. De tal manera que, según el principio de la separación: al legislativo y al ejecutivo les debe estar prohibido decidir controversias, a los jueces les debe estar prohibido emitir enunciados normativos que entrañan creación legislativa; mientras que conforme al principio del equilibrio, a los jueces les debe estar permitido controlar la legalidad de todo acto del legislativo y del ejecutivo.⁶⁸⁸

Sobre el particular, el TC ha sostenido que, la separación de poderes tiene «por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconocer los derechos y las libertades fundamentales».⁶⁸⁹ Asimismo, ha precisado que «este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se la conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos».⁶⁹⁰ Todo esto, garantizando la independencia y autonomía de los órganos del Estado.⁶⁹¹

La doctrina de la separación de poderes no implica una rígida división entre los órganos que ejercen el poder del Estado, sino que se limita a excluir la posibilidad de que un solo órgano concentre en sí todos los poderes, sin que ello excluya la posibilidad de que un órgano comparta el ejercicio de más poderes. En este último caso, pese a

⁶⁸⁶ *Ibid ídem.*

⁶⁸⁷ *Ibid ídem.*

⁶⁸⁸ *Ibid:* 5-6.

⁶⁸⁹ STC N° 0023-2003-AA/TC, F. J. 4.

⁶⁹⁰ STC N° 00006-2006-PC/TC, F. J. 15.

⁶⁹¹ STC N° 03760-2004-AA/TC

compartir determinadas funciones, los poderes del Estado se encuentran prohibidos de desnaturalizar las competencias de otros poderes.⁶⁹²

Pues bien, la separación de poderes ha sido acogida en la Constitución peruana como un principio fundamental, sobre cuya base se asienta nuestra democracia y el diseño institucional del país⁶⁹³. Debido a su carácter central, «el mal funcionamiento de la división de poderes puede conducir a que todo el entramado institucional se resquebraje y finalmente colapse».⁶⁹⁴

Como advierten MALEM y SELEME, la misma idea de división de poderes y el sistema de balances y contrapesos requiere que un poder tenga algo que decir sobre la actuación de los otros. De esta manera, no toda injerencia de un poder en los asuntos de otro constituye una invasión y representa una patología del sistema. Por ello, es necesario identificar los diferentes supuestos de invasión o injerencia ilegítima y distinguirlos de los casos en que la injerencia no solo no es patológica sino que es acorde con la justificación de la división de poderes.⁶⁹⁵

El artículo 90° de la Constitución peruana, dispone que: «El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única». En el mismo sentido, el artículo 102° de nuestra norma fundamental precisa que, es atribución del Congreso «Dar leyes y resoluciones legislativas as como interpretar modificar o derogar las existentes». Así mismo, en su artículo 104° se precisa que: «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa».

A la luz de estas disposiciones normativas, se puede advertir: (i) en primer lugar, que el artículo 90° de la Constitución dispone una reserva de función a favor del Congreso de la República, de tal manera que, la función legislativa puede ser ejercida exclusivamente por el Congreso y ningún otro órgano, salvo en el caso de delegación de facultades para legislar; (ii) en segundo lugar, se puede asociar al artículo 90° de la

⁶⁹² STC N° 00005-2007-PI/TC

⁶⁹³ El gobierno de la República del Perú “se organiza según el principio de separación de poderes” (*Artículo 43° de la Constitución*).

⁶⁹⁴ MALEM y SELEME, 2013: 276.

⁶⁹⁵ *Ibid*: 286.

Constitución, una definición del término ley, de modo que ningún texto normativo que no haya sido deliberado por el Congreso puede ser reconocido como tal; (iii) en tercer lugar, los artículos 90º y 102º de la Constitución, otorgan al Congreso el poder de crear disposiciones normativas.

Ahora bien, la locución función legislativa designa aquella actividad que consiste en crear normas generales y abstractas, vale decir, «leyes en sentido material».⁶⁹⁶ En otras palabras, es el «proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes».⁶⁹⁷

Para ARAGON, «es función legislativa del Parlamento la actividad que éste realiza de producir leyes. Son leyes las decisiones del Parlamento adoptadas en el ejercicio de su función legislativa. La legislación (entendida como función) es la tarea de hacer leyes. Las leyes son el producto de la legislación».⁶⁹⁸

Por otro lado, la actividad jurisdiccional puede ser dividida en tres tareas fundamentales: decidir los casos litigiosos, decidirlos conforme al derecho y motivar sus decisiones. De todas estas tareas, «la obligación más importante de los jueces es la de decidir los casos litigiosos que son sometidos a su consideración, formular decisiones que resuelvan esos litigios».⁶⁹⁹

Por ello, «lo que caracteriza a las decisiones judiciales es que éstas son formuladas con la finalidad de dirimir un conflicto entre dos partes, respecto a las cuales el juez que dicta la decisión es un tercero, ajeno al pleito».⁷⁰⁰ Es decir, cuando asume el conocimiento de un caso litigioso, este despliega una actividad, denominada proceso decisorio, tendiente a la formulación de una decisión que resuelva el litigio.⁷⁰¹

La formulación de la decisión que resuelve el conflicto, la culminación del proceso decisorio, advierte HERNÁNDEZ, es la que merece el nombre de acción de

⁶⁹⁶ GUASTINI, 2016a: 186.

⁶⁹⁷ GARCÍA, 2008: 52.

⁶⁹⁸ ARAGÓN, 2013: 682.

⁶⁹⁹ HERNÁNDEZ, 2005: 15.

⁷⁰⁰ *Ibid ídem.*

⁷⁰¹ *Ibid ídem.*

juzgar, en el sentido de resolver el conflicto decretando o dictaminando algo, o sentenciando.⁷⁰²

Juzgar no es solo una actividad esencial de los jueces, sino incluso la única función consustancial a la condición de juez. En otras palabras, «juzgar es la función judicial por antonomasia; la que merece ser denominada “función judicial” en el sentido estricto de esa expresión».⁷⁰³ Con todo, la actividad de juzgar consiste simplemente en decidir los casos litigiosos conforme a derecho.

Aquí es importante recordar que, en el ordenamiento jurídico nacional la Constitución tiene carácter normativo, es rígida, susceptible de ser interpretada y directamente aplicable a un caso particular. Pero eso no es todo. La Constitución es, además, la norma más importante del ordenamiento al encontrarse situada en la cúspide de nuestra jerarquía normativa. A partir de ello, corresponde a los jueces la tarea de controlar la compatibilidad de las leyes con la Constitución, labor en la cual, los jueces pueden acusar a la ley de ser contraria a la Constitución e inaplicarla en un caso particular, pudiendo inclusive expulsarla del ordenamiento, siempre y en cuando el órgano que juzga la constitucionalidad de la ley se encuentra investido con tal facultad.

MERRYMAN advierte que «si un tribunal puede decidir que un estatuto es inválido porque está en conflicto con la constitución, se destruye el dogma de la separación estricta entre el poder legislativo y el poder judicial».⁷⁰⁴ Aun cuando no es posible hablar propiamente de destrucción, ya que las funciones de ambos poderes sigue siendo distinguibles, no se puede negar que, «desde el punto de vista de la clasificación tradicional de las funciones estatales –legislativa, ejecutiva y jurisdiccional– la justicia constitucional es una función bastante problemática, ya que presenta caracteres propios tanto de la función jurisdiccional como de la función legislativa».⁷⁰⁵

De hecho, la función del juez constitucional, por un lado, «se presenta como una función genuinamente jurisdiccional: a diferencia del legislador, el juez constitucional no crea derecho nuevo, sino que se limita a aplicar el derecho (constitucional) preexistente; a diferencia del legislador, sus decisiones son motivadas, y son motivadas

⁷⁰² *Ibid*: 20.

⁷⁰³ *Ibid ídem*.

⁷⁰⁴ MERRYMAN, 2001: 56.

⁷⁰⁵ GUASTINI, 2016a: 301.

precisamente como decisiones aplicativas (no creativas) de normas (constitucionales) ya dadas; a diferencia del legislador, el juez constitucional, por lo general, carece de iniciativa, vale decir, no puede activarse autónomamente (toda decisión suya depende de la iniciativa de otros sujetos) ni puede delimitar el objeto de sus decisiones a placer. Por el otro, no obstante, la función del juez constitucional parece ser claramente asimilable a la función legislativa». ⁷⁰⁶

Esta asimilación entre la justicia constitucional y la función legislativa, se produce bajo dos parámetros claramente distinguibles:

En primer lugar, si la función legislativa consiste en modificar el derecho existente, y el derecho puede ser modificado no solo añadiendo nuevas normas al conjunto de normas, sino también sustrayendo normas preexistentes del conjunto; entonces cuando los jueces constitucionales se niegan aplicar una norma legal preexistente o la anulan por ser contraria a la Constitución, no se limitan a pronunciar el derecho, lo que hacen es modificar el derecho, ya que sustraen normas del conjunto de las normas existentes y/o aplicables. ⁷⁰⁷

En segundo lugar, en ordenamientos como el nuestro, los jueces constitucionales no se limitan a inaplicar o anular normas preexistentes, sino que además, añaden al ordenamiento normas nuevas o sustituyen normas preexistentes a través de algunas técnicas decisorias, como las sentencias aditivas y las sentencias sustitutivas. ⁷⁰⁸

Para GUASTINI, desde este punto de vista, es lícito sostener que la justicia constitucional constituya el ejercicio no de una función jurisdiccional, sino de una función legislativa; pero paradójicamente, esto no implica en absoluto una contradicción al principio de separación de poderes en sentido fuerte, ya que cuando se instituye alguna forma de justicia constitucional, no significa que el poder legislativo y el jurisdiccional no estén separados. Lo que ocurre –como resalta GUASTINI– es que el propio poder legislativo está dividido, repartido entre dos órganos, el Parlamento y el Tribunal Constitucional. ⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ *Ibid*: 301-302.

⁷⁰⁷ *Ibid*: 302.

⁷⁰⁸ *Ibid ídem*.

⁷⁰⁹ *Ibid ídem*.

El Tribunal Constitucional ejerce un poder en cierto modo exorbitante, el mismo que lo obliga a un esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo;⁷¹⁰ toda vez que, cualquier injerencia que traspase los límites fijados por estas competencias es arbitrario.

El supremo intérprete de la Constitución, a diferencia del juez ordinario, no solo puede enjuiciar la constitucionalidad leyes y con ello su validez, sino que en algunos casos sus decisiones representa una forma de legislación; no obstante, «a diferencia del legislador, que tan sólo dicta enunciados normativos, el Tribunal se comporta como un verdadero juez, esto es, interpreta y argumenta».⁷¹¹

En ese contexto, existe la necesidad de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales, aun cuando dicho intento se asemeje al intento de la cuadratura del círculo;⁷¹² puesto que, como dice SCHNEIDER, desistir de este intento «equivaldría prácticamente a una capitulación ante los hechos y le prestaría al Tribunal un flaco servicio, mientras este se yergue calladamente en “amo de la Constitución”, porque su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites».⁷¹³

Por ello, al decir SCHNEIDER, los límites de la jurisdicción constitucional son idénticos a los de la interpretación constitucional, esto es, a las posibilidades de dar una interpretación aceptable a una norma siguiendo determinadas reglas hermenéuticas. Pero estos límites «no puede impedir, en cualquier caso, que un Tribunal Constitucional imponga a otros órganos estatales en casos concretos su entendimiento de la Constitución, como tampoco puede impedir que transforme la prerrogativa de la interpretación de la Constitución en un monopolio de hecho y que interfiera, desconociendo sus propias funciones, en las competencias de otros órganos».⁷¹⁴

Esta asimilación entre la justicia constitucional y la función legislativa, se produce en el contexto del ejercicio de la potestad otorgada al Tribunal Constitucional para realizar el control de constitucionalidad de las leyes, toda vez que, en el proceso de

⁷¹⁰ GASCÓN, 1994: 68

⁷¹¹ *Ibid*: 75-76.

⁷¹² SCHNEIDER, 1982: 38.

⁷¹³ *Ibid ídem*.

⁷¹⁴ *Ibid*: 39.

inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no solo puede anular una norma contraria a la Constitución, sino que, además, puede añadir al ordenamiento normas nuevas o sustituir las preexistentes por otras normas.

Con todo, el ejercicio de las funciones de Tribunal Constitucional está sujeto a condicionantes de carácter institucional –*atribuciones, requisitos de la acción, modos de trabajo*– que «obligan a una reducción del alcance de la decisión del Tribunal, que sólo puede producirse con carácter puntual, referida a casos individuales, de conformidad con determinados tipos de acción y en virtud de un planteamiento concreto. Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen validez general, pero no son omnicomprensivas».⁷¹⁵ Pero también existen condicionamientos funcionales –*procedimiento, organización, adquisición de información, tratamiento del problema, hallazgo de la decisión, legitimación*– que «conducen a reservar las formas de la decisión a un órgano sentenciador que, por su estructura y composición, no puede solucionar objetivamente determinados problemas de la comunidad política, por lo que tiene que reconocer al legislador o al Gobierno inevitablemente márgenes de actuación».⁷¹⁶ Por ello, las decisiones del Tribunal Constitucional pueden preformar la voluntad estatal en otros órganos, pero no sustituirla.⁷¹⁷

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano, el control de constitucionalidad de las leyes no es una actividad asignada en exclusividad al Tribunal Constitucional, ya que todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes. Es decir, los jueces comunes también pueden inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución. En este caso, los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Debido a ello, las normas que el Tribunal Constitucional introduce al ordenamiento jurídico a través de sus sentencias aditivas y sustitutivas, entre otras, son normas creadas en decisiones que resuelven un caso litigioso, el mismo que en el caso de los procesos de inconstitucionalidad consiste en determinar si las leyes o normas con rango de ley, ya sea por el fondo o la forma, son contrarias a las disposiciones

⁷¹⁵ *Ibid*: 40.

⁷¹⁶ *Ibid ídem*.

⁷¹⁷ *Ibid ídem*.

constitucionales. Por eso, aun cuando la justicia constitucional más que el ejercicio de una función jurisdiccional, en realidad, en algunas ocasiones, denota el ejercicio de una función típicamente legislativa, no significa que el poder legislativo y el jurisdiccional no estén separados, pues el contexto en el que el legislador crea derecho es absolutamente diferente al contexto en el que el Tribunal Constitucional ejerce su labor creativa.

Por otro lado, en nuestro sistema jurídico, el Tribunal Constitucional conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento; es decir, el Tribunal Constitucional no solo está llamado a proteger en definitiva la supremacía normativa de la Constitución, sino que además, protege los derechos constitucionales.

Al decidir estos casos litigiosos sometidos a su consideración, el Tribunal Constitucional puede sentar precedentes vinculantes. O sea, aun cuando las decisiones del supremo intérprete de la Constitución deben ser formuladas con finalidad de resolver un caso particular, estas constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese dicho órgano jurisdiccional.

Ahora bien, un rasgo esencial de toda decisión judicial es que estas son pronunciadas para resolver un caso particular. Por ello, si los precedentes son sentados en una decisión judicial, entonces el precedente es siempre una decisión relativa a un caso particular.

Por esta razón, solo la *ratio decidendi* puede constituir el extremo vinculante de una decisión judicial. En otras palabras, únicamente la *ratio decidendi* de una decisión anterior puede ser catalogada como precedente.

De ahí que cuando, al precisar el extremo normativo de una decisión anterior, el Tribunal Constitucional prescinde de los hechos del caso, y a partir de ello, fija como extremo vinculante a un *obiter dicta* u otros argumentos ajenos al debate procesal entre las partes, no está ejerciendo su potestad para crear precedentes, sino llanamente está legislando con absoluta discrecionalidad, de manera abstracta y al margen de los límites fijados por la Constitución.

En definitiva, se puede afirmar que cuando el Tribunal Constitucional crea normas generales al margen del contexto dentro del cual está legitimado para crearlas, usurpa las funciones reservadas por nuestra Constitución al poder legislativo.

3. LOS HECHOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA *RATIO DECIDENDI*

La *ratio decidendi* es «la regla o principio de decisión del que un precedente dado es la fuente de autoridad»,⁷¹⁸ es decir «la regla o principio de decisión que se supone que ha regido o fundamentado en algún sentido la decisión del caso del que es *ratio*».⁷¹⁹ En otras palabras, «lo que es vinculante en el precedente es la *ratio*, y la *ratio* es una regla que puede aplicarse en situaciones posteriores para guiar a los individuos y a los tribunales futuros».⁷²⁰ De esta manera, el precedente debe ser considerado como una decisión relativa a un contexto fáctico particular.

Normalmente, con la expresión «*precedente judicial*» se designa la *ratio decidendi* de una sentencia anterior. Sin embargo, cuando se emplea la expresión *ratio decidendi* se puede hacer referencia, alternativamente, por lo menos a tres cosas diferentes, las cuales son el reflejo de distintas concepciones acerca de la mejor manera de entender la *ratio* de una decisión previa. Así la noción de *ratio decidendi* puede responder a: una concepción normativista abstracta, una concepción normativista concreta y una concepción argumentativa.⁷²¹

Según la concepción normativista abstracta la *ratio decidendi* alude, con frecuencia, a la norma jurídica general –la regla, el criterio, el principio, la premisa normativa, etc. –, en base a la cual se decidió el caso. Desde la perspectiva de la concepción normativista concreta, la *ratio decidendi*, ordinariamente se refiere a la norma jurídica general, en el contexto de un caso en concreto; es decir, el estándar utilizado por un juez para justificar la decisión de un caso, considerado no en sí mismo, sino junto con los argumentos que la sustentan y a la descripción del hecho al que se ha aplicado. Finalmente, desde el punto de vista de la concepción argumentativa, la expresión *ratio decidendi*, específicamente, no hace referencia ni a una regla general en sí misma considerada ni a una regla contextualizada; en términos generales, se refiere a

⁷¹⁸ MACCORMICK, 2016: 252.

⁷¹⁹ *Ibid idem*.

⁷²⁰ LAMOND, 2005: 2.

⁷²¹ CHIASSONI, 2005: 80.

cualquier elemento esencial de los argumentos dados por el juez para justificar la decisión de un caso.⁷²²

Para CHIASSONI, estos tres conceptos doctrinales de *ratio decidendi* reflejan de manera distinta dos de las ideas sugeridas por la palabra latina «*ratio*»: por un lado, la idea de la *ratio decidendi* como la norma más o menos contextualizada, en base a la cual se decide el caso; por el otro, la idea de la razón, el razonamiento, la argumentación o argumento, caso en el cual la *ratio decidendi* es la razón de la decisión; en otras palabras, parte del argumento presentado a favor de una decisión.⁷²³

A partir de ello, precisa CHIASSONI,⁷²⁴ que se puede efectuar un inventario de lo que la *ratio decidendi* sería: (i) el elemento de la motivación que constituye el requisito previo, es decir, el paso lógico necesario para la decisión de un caso; (ii) el principio jurídico que en la sentencia es suficiente para decidir el caso particular; (iii) el argumento necesario o suficiente para definir el caso; (iv) la norma –regla o principio– que constituye de forma alternativa: a) la condición necesaria y suficiente, b) una condición no necesaria pero suficiente o, c) una condición necesaria pero no suficiente, en la decisión específica; (v) la norma para los hechos relevantes del caso que, a la luz del análisis textual de la decisión previa, el juez ha establecido de hecho y/o a seguido, más allá de lo que puede haber dicho o pensado hacer; (vi) la norma para los hechos relevantes del caso que el juez que pronunció la decisión anterior declara expresamente, o presumiblemente cree, haber establecido y/o seguido; (vii) la norma expresa o implícita tratada por el juez como necesario para decidir un caso; (viii) la norma para los hechos relevantes del caso que –a la luz del derecho vigente, los hechos y los antecedentes, según lo entendido por el juez posterior y/o por la doctrina–, el tribunal que dictó la decisión previa tendría que haber establecido y/o seguido para decidir adecuadamente la controversia; (ix) la norma para los hechos relevantes del caso que, en opinión de un juez posterior, el juez que pronunció la decisión anterior, considera que había establecido; (x) la norma para los hechos relevantes del caso que, en opinión de un juez posterior, el juez que pronunció la decisión anterior ha establecido y/o seguido de manera efectiva; (xi) la norma para los hechos relevantes del caso que, en opinión de

⁷²² *Ibid*: 80-81.

⁷²³ *Ibid*: 81-82.

⁷²⁴ *Ibid*: 82-83.

los juristas, un juez posterior debería haber considerado como establecido y/o seguida por el juez anterior.

Así, la *ratio decidendi* puede significar «razón de la decisión» o «razón para decidir». A partir de estos significados no debe deducirse que la *ratio decidendi* de un caso es o debe ser el razonamiento judicial, ya que el razonamiento judicial puede ser parte integrante de la *ratio*, pero la *ratio* en sí misma es más que el razonamiento, y en muchos casos habrá razonamiento judicial que no forma parte de la *ratio*, sino de un *obiter dicta*.⁷²⁵ Por eso, «no todo lo manifestado por los jueces en la sentencia constituye un precedente, es que, entre todas las proposiciones de Derecho enunciadas por el juez, únicamente se consideran parte de la *ratio decidendi* aquellas proposiciones que parezcan haber sido consideradas por él como necesarias para su decisión. Lo demás será *obiter dicta*». ⁷²⁶

Por otro lado, los precedentes darán lugar a una forma de tomar decisiones basadas en reglas que difiere de otras formas, principalmente, de dos maneras: a) la *ratio* tiene que ser construida a partir de la sentencia de un caso concreto, ello porque la *ratio* no se basa en una formulación canónica del tribunal, y b) los tribunales posteriores tiene un poder limitado para modificar la *ratio* aplicable al caso que tienen ante sí.⁷²⁷ Es justamente por ello que, los tribunales posteriores están vinculados por los precedentes cuando los hechos del caso posterior se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la *ratio* del caso precedente.⁷²⁸ Ello quiere decir que los precedentes solo son vinculantes cuando los hechos relevantes de ambos casos son idénticos.⁷²⁹

Uno de los temas más problemáticos entorno a la doctrina del precedente en el *common law*, sin lugar a dudas, es la determinación de la *ratio decidendi* en un caso concreto. Debido a que existe mucha discrepancia en cuanto a cuál sería el método más idóneo para hallar el extremo vinculante de una decisión previa. Es más, con cierto escepticismo, se sugiere que en esta circunstancias «se debe considerar seriamente cuánta más energía intelectual debe dedicarse al esfuerzo jurídico para descubrir el

⁷²⁵ DUXBURY, 2008: 67-68.

⁷²⁶ CROSS y HARRIS, 2012: 63.

⁷²⁷ *Ibid ídem*.

⁷²⁸ *Ibid*: 18.

⁷²⁹ COX, 1987: 120.

modo “correcto” de averiguar la *ratio decidendi* de un caso particular examinado el mismo caso». ⁷³⁰

No obstante la perplejidad que existe en cuanto a la determinación de la *ratio decidendi*, en el *common law* son destacables los esfuerzos de WAMBAUGH, GOODHART y CROSS, entre otros, toda vez que a partir de sus ideas se ha enriquecido el debate acerca del método idóneo para hallar la *ratio decidendi*.

Para WAMBAUGH⁷³¹ la *ratio decidendi* de un caso es la regla general en cuya ausencia la decisión habría sido distinta. La prueba consistía en identificar la proposición –la *ratio decidendi*- e insertarle una palabra que invirtiera su significado. Luego, debemos preguntarnos si el tribunal hubiera concebido esta nueva proposición como buena, a tal punto que sobre ella debía girar el caso, *la decisión podría haber sido la misma*. Si la respuesta es afirmativa, entonces, por excelente que sea la proposición original, el caso no es un precedente para esa proposición.

Sin embargo, como dice DUXBURY,⁷³² cuando un tribunal basa su decisión en dos proposiciones alternativas, tomar una de las dos e invertir su significado no altera la decisión, pues, aunque se ha invertido el sentido de una de las proposiciones suficientes para sustentar la decisión, la otra no es alterada, por lo que la decisión se mantiene. En este supuesto, para la prueba de la inversión sólo habría *obiter dicta*, ya que ninguna de las proposiciones es necesaria para la decisión.

Por ello, CROSS y HARRIS consideran que esta prueba «no es un método útil para determinar cuál fue la proposición jurídica que el tribunal consideró como necesaria para su decisión». No obstante, piensan que el test de WAMBAUGH «provee un método infalible para determinar lo que no debe considerarse como *ratio decidendi*, y a este respecto, es coherente con la perspectiva general según la cual una afirmación solamente puede ser considerada como *ratio* si sirve de fundamento para la decisión final del tribunal». ⁷³³

⁷³⁰ STONE, 1959: 609.

⁷³¹ WAMBAUGH, 1892: 5-6.

⁷³² DUXBURY, 2008: 76-77, «es incorrecto definir la *ratio decidendi* como una proposición en una sentencia que, si su significado fuera invertido, habría alterado la decisión».

⁷³³ CROSS y HARRIS, 2012: 79-80.

GOODHART construye su método a partir de la premisa de que la razón que el juez da para su decisión nunca es la parte obligatoria del precedente, dado que en muchos casos estas razones pueden ser manifiestamente incorrectas para la decisión, pero el caso sigue siendo un precedente. Es decir, a pesar de que se puede demostrar que una o más de las razones dadas para la decisión son incorrectas, el caso contiene principios válidos y definidos que son tan vinculantes como si el razonamiento en el que se basan fuese correcto.⁷³⁴

Para GOODHART⁷³⁵ las reglas para encontrar el principio de un caso pueden resumirse como sigue:

(1) Para descubrir la ratio decidendi del caso no hay que buscarla en las razones en las que el juez ha basado su decisión, puesto que *el principio de un caso no se encuentra en las razones expuestas en la decisión.*

(2) No es la regla de derecho establecida por el tribunal lo que necesariamente constituye el principio del caso, ya que puede que no haya regla de derecho establecida en la decisión o, que habiendo sido declarada es demasiado amplia o demasiado estrecha. Es más, un caso puede contener un principio definido aun cuando en la decisión no se encuentre exactamente expresada. Por ello, *el principio no se encuentra en la regla de derecho establecida en la decisión.*⁷³⁶

(3) *El principio no necesariamente se descubre examinando todos los hechos verificables del caso y la decisión del juez.* GOODHART arriba a esta conclusión tras analizar la postura de Oliphant,⁷³⁷ quien consideraba que los hechos de un caso son un factor constante y, que la conclusión del juez se basa en la premisa fija de un determinado conjunto de hechos. Para GOODHART esto último era una falacia, toda vez que los hechos no son constantes sino relativos, de forma tal que, el mismo grupo de hechos pueden ser percibidos por dos personas diferentes como totalmente distintos.

⁷³⁴ GOODHART, 1930b: 162.

⁷³⁵ Vid. GOODHART, 1930b: 164 y ss.

⁷³⁶ Cfr. MORGAN, "The study of law" 1926 p. 109: "quellas partes de la decisión que establecen la regla de derecho aplicada al caso, cuya aplicación era necesaria para la determinación de los temas planteados, deben ser considerados como decisión y como autoridad principal en casos posteriores en la misma jurisdicción". Cita de GOODHART, 1930b: 164-165.

⁷³⁷ Vid. OLIPHANT, 1928: 71-76.

(4) Por ello, *el principio del caso se encuentra teniendo en cuenta (a) los hechos tratados por el juez como materiales y (b) la decisión tomada por el juez basándose en ellos*. El juez funda sus conclusiones, precisa GOODHART, sobre un grupo de hechos seleccionados por él como relevantes dentro de un grupo más amplio de hechos, alguno de los cuales podrían parecer significativos a los legos, pero irrelevantes para un abogado. Así, afirma que el juez llega a una conclusión sobre los hechos tal y como los ve, y que es en estos hechos en lo que basa su juicio, y no en los demás. Por este motivo, al analizar un caso no debemos buscar declarar los hechos y la conclusión, sino declarar los hechos relevantes como vistos por el juez y su conclusión basado en ellos.

Esto conduce a GOODHART a afirmar que es por la elección de los hechos materiales que el juez crea derecho. De suerte que es esencial saber lo que ha dicho el juez sobre su elección de los hechos, porque lo que él hace tiene un significado para nosotros, solo si lo consideramos en relación con lo que ha dicho. Después de todo, insiste GOODHART que, el sistema de precedentes pierde sentido si decidimos que vamos a aceptar su conclusión, pero no su visión de los hechos; pues su conclusión se basa en hechos relevantes, tal como el juez los ve, y no podemos añadir o restarlos al probar que había o existían otros hechos en el caso.

De ahí que el primer y más esencial paso en la determinación del principio de un caso, es identificar los hechos relevantes en los que el juez ha basado su decisión. Ahora, para establecer qué hechos son relevantes y qué hechos son irrelevantes según lo visto por el juez, al decir de GOODHART, debemos observar las siguientes reglas: (i) todos los hechos relacionados con una persona, tiempo, lugar, tipo y cantidad son irrelevantes a menos que se indique que son relevantes; (ii) si no hay opinión o la opinión no contiene una exposición de los hechos, entonces debemos asumir que todos los demás hechos que figuren en la opinión deben ser tratados como relevantes; (iii) si hay una opinión, entonces los hechos expuestos en la opinión son concluyentes y no pueden ser contradichos; (iv) si la opinión omite un hecho que aparece en el registro, esto puede deberse a una supervisión o a una conclusión implícita de que el hecho es irrelevante; (v) todos los hechos que el juez declara específicamente que son irrelevantes, deben

ser considerados como tal; (vi) todos los hechos que el juez implícitamente considera irrelevantes deben ser considerados de la misma forma; (vii) todos los hechos que el juez declara expresamente como relevantes deben ser considerados relevantes; (viii) si la opinión no hace distinción entre hechos relevantes e irrelevantes, entonces todos los hechos expuestos deben ser considerados relevantes; (ix) si en un caso hay varias opiniones que coinciden en el resultado, pero difieren en cuanto a los hechos relevantes, entonces el principio del caso está limitado a la suma de todos los hechos relevantes expuestos por los diversos Jueces; (x) una conclusión basada en un hecho hipotético, esto, es en un hecho cuya existencia no ha sido determinada o aceptada por el juez, es un *obiter dicta*.

(5) Finalmente, *para determinar el principio es necesario determinar qué hechos fueron considerados irrelevantes por el juez, pues el principio puede depender tanto de la exclusión como de la inclusión*. Ello quiere decir que, una vez establecidos los hechos relevantes e irrelevantes del caso, tal como han sido considerados por el juez, podemos proceder a declarar el principio del caso; esto debido a que, la regla del caso se encuentra en la conclusión alcanzada por el juez sobre la base de los hechos relevantes y la exclusión de los hechos irrelevantes.

Para DUXBURY, esta concepción de la *ratio decidendi* vincula la doctrina del precedente con el principio de igualdad de trato de los casos análogos. O sea, todo tribunal que se considere obligado por un precedente debe llegar a la misma conclusión que en un caso anterior, a menos que exista en el caso en cuestión algún hecho adicional que esté dispuesto a tratar como relevante o que exista algún hecho ausente considerado relevante en el caso anterior. Al aceptar esta concepción de la *ratio decidendi*, como añade DUXBURY, se tiene una explicación de porqué es improbable que los casos hipotéticos tengan el mismo peso que los precedentes judiciales: pues los casos hipotéticos son por definición *obiter dicta*.⁷³⁸

En opinión de CROSS y HARRIS el aporte de mayor utilidad de la concepción de Goodhart fue haber puesto especial atención en los hechos considerados relevantes por

⁷³⁸ DUXBURY, 2008: 83.

el juez, «ya que cualquier intento de determinar la *ratio decidendi* haciendo caso omiso de los hechos considerados como relevantes por el juez es absolutamente ilusorio».⁷³⁹

CROSS y HARRIS consideran, al igual que GOODHART, que «para llegar a la *ratio decidendi* de un caso es esencial –y algunas veces suficiente– tener en cuenta los hechos tratados como relevantes por el tribunal y la decisión tomada por la misma con base a dichos hechos, pero también, que a veces es necesario hacer mucho más que eso».⁷⁴⁰

Así, «la *ratio decidendi* de un caso es cualquier regla de Derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada por dicho juez, o la parte correspondiente de las indicaciones dadas por él al jurado».⁷⁴¹ Es decir, es algo que el juez considera necesario, más que algo que realmente es necesario, a la decisión.⁷⁴²

Para MACCORMICK lo destacable de esta tesis, es el énfasis que se pone en la importancia del razonamiento judicial, sobre todo de aquello que es necesario para una conclusión.⁷⁴³ Pero con ello la noción de *ratio decidendi* se extiende demasiado, de tal forma que «en cualquier caso en el que se interprete y aplique una ley, la ley misma, o una de sus secciones, constituirá una regla sin la cual no se podría llegar a la misma conclusión (en la medida en que por „conclusión“ entendamos una conclusión de por ejemplo, responsabilidad *bajo esa ley*). Pero nadie supone que la ley sea la *ratio*, sino que más bien la interpretación de la ley que el tribunal considere correcta es la *ratio* como una *resolución* del juez en lugar de „cualquier regla“ de la que dependa su conclusión»⁷⁴⁴. Por ello, dice MACCORMICK que, a pesar de que es cierto que las consideraciones innecesarias no crean precedentes, con la postura de Cross se llega a resultados muy amplios.

Con ocasión de esta objeción, CROSS y HARRIS admiten que, en sentido estricto, deberían hablar no de una «regla de derecho», sino más bien de una «reglamentación de

⁷³⁹ CROSS y HARRIS, 2012: 91.

⁷⁴⁰ *Ibid*: 96.

⁷⁴¹ *Ibid idem*.

⁷⁴² DUXBURY, 2008: 77.

⁷⁴³ MACCORMICK, 2016: 271.

⁷⁴⁴ *Ibid idem*.

una cuestión jurídica». Ergo, «aunque una ley –cuya interpretación no es discutida– puede constituir un paso esencial en el razonamiento del juez, es claro que la misma no puede calificarse como su „*ratio decidendi*“, no obstante, si se debate la interpretación que debe hacerse de una determinada ley, y el juez al justificar su decisión manifiesta que dicha ley tiene un significado y no otro, entonces dicho pronunciamiento sí podrá considerarse como *ratio decidendi*». ⁷⁴⁵

Con todo, existen muchas dificultades para identificar la *ratio decidendi* de un caso. Por ello, «nadie podría decir con certeza si la *ratio decidendi* se caracteriza mejor como la regla, el principio o la razón incorporada en un caso, aunque no hay duda de que el principio de un caso no es lo mismo que las razones expuestas en una sentencia o la norma sobre la que se ha basado un tribunal». ⁷⁴⁶

Toda la controversia que genera la determinación de la *ratio decidendi* de un caso concreto, son consecuencia de un dato del que no podemos prescindir al abordar el análisis de la doctrina del precedente en el *common law*, esto es, que son los jueces posteriores quienes determinan el extremo vinculante de la decisión anterior, son ellos quienes identifican la *ratio* del caso previo al que se sujetarán ante la similitud de los hechos del caso presente. Por esta razón, la amplitud de la *ratio decidendi* dependerá del nivel de generalidad de significado que el tribunal posterior considere que el tribunal precedente ha tenido en cuenta, ya sea explícita o implícitamente. ⁷⁴⁷

Precisa STONE, en ese sentido, que «la regla o principio, como se desprende de un caso precedente, está sujeta, en su ulterior elaboración, a una revisión continua, a la luz de las analogías y las diferencias, no sólo en las relaciones lógicas entre situaciones de hecho, y los problemas que surgen de éstas, sino también a la luz de la importancia de esas analogías y diferencias por las que la corte tardía cree que produce un resultado aceptable en términos de política, ética, justicia, conveniencia o cualquier otra norma de conveniencia que se puede pensar que la ley rige». ⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ CROSS y HARRIS, 2012: 96.

⁷⁴⁶ DUXBURY, 2008: 78.

⁷⁴⁷ STONE, 1959: 614. *Cfr.* GOODHART, 1959:123, «ciertamente no se sigue de esto que el principio del caso precedente „sea construido por el juez posterior“ cuya función es interpretar y no construir».

⁷⁴⁸ *Ibid*: 618; *vid.* PEGORARO y RINELLA, 2003: 86, «En consecuencia la *ratio decidendi* se presenta a ser extraída del caso invocado como precedente. El procedimiento de identificación, que corresponde al tribunal que debe adecuarse al precedente, consta, según la teoría en examen, en dos fases: la primera consiste en la individualización, por el método inductivo, del principio que ha determinado la

Pues bien, la necesidad de distinguir la *ratio decidendi* de un *obiter dicta* es consustancial a la doctrina del precedente. Debido a esta distinción, se suele identificar al precedente con la *ratio decidendi* del caso previo; de tal manera que los jueces posteriores únicamente están vinculados por aquello que constituye la *ratio* de la decisión anterior. Por esa razón, «distinguir la *ratio decidendi* de los *obiter dicta* es una estrategia importante para que pueda tomarse la misma noción de precedente judicial como fuente de derecho seriamente».⁷⁴⁹

Si no se distinguiera en el *common law* las *ratios decidendi* de los *obiter dicta*, explica DUXBURY, los jueces podrían crear una cantidad más o menos ilimitada de nuevo derecho y los tribunales quedarían abrumados de precedentes, ya que todo en una decisión anterior –y no necesariamente sólo la decisión sobre hechos materialmente idénticos– sería potencialmente pertinente para el caso en cuestión.⁷⁵⁰

Ahora, se suele afirmar que un *obiter dicta* es una proposición jurídica que no forma parte de la *ratio decidendi*. Sin embargo, son muchos los significados que pueden atribuirse a esta expresión. Justamente, al igual que como la *ratio decidendi*, CHIASSONI⁷⁵¹ efectúa también un inventario de los significados que suelen atribuirse a un *obiter dicta*. Así, refiere que un *obiter dicta* es: (1) todo lo que, en la motivación jurídica de la sentencia, no es parte de la *ratio decidendi*; (2) cualquier proposición jurídica que resulta innecesaria o superflua a la decisión del caso; (3) cualquier proposición jurídica que carezca de eficacia justificativa respecto a la decisión del caso en concreto; (4) cualquier principio formulado en la decisión, que no es necesario ni suficiente para la decisión del caso; (5) cualquier pasaje de la motivación de la decisión que contenga argumentos innecesarios e insuficientes para la resolución del caso, es decir, que contenga solo los adornos o digresiones extensas; (6) cualquier norma o principio, cuyo ámbito de aplicación, según la opinión del tribunal posterior o de la doctrina, es más amplio que el de la norma o principio, exactamente aplicable al caso.

decisión, liberándolo de los *obiter dicta* que pueda haber. En la segunda fase, se emplea el método deductivo y consiste, al revés de lo que sucede en la aplicación, en fijar la nueva *ratio decidendi* para el supuesto de hecho pendiente».

⁷⁴⁹ DUXBURY, 2008: 90.

⁷⁵⁰ *Ibid idem*.

⁷⁵¹ CHIASSONI, 2005: 84-85.

Estas diferentes caracterizaciones de un *obiter dicta*, escribe CHIASSONI,⁷⁵² pueden ser reproducidos en una redefinición más compleja del concepto, donde un *obiter dicta* es: (i) un conjunto de sentencias judiciales que contienen al menos un enunciado; (ii) de contenido más variado, pues es capaz de expresar ya sea: una regla de conducta, la interpretación de un artículo de la ley, un argumento o un fragmento de la argumentación en derecho, una definición, una opinión respecto a una institución de derecho positivo etc.; (iii) formulado en una frase; (iv) que resulta ser irrelevante o pertinente, pero dispensable, con respecto a la decisión tomada, en la perspectiva de algún método de análisis de la sentencia.

En este contexto, los *obiter dicta* en una decisión judicial pueden adoptar varias formas, a veces pueden ser innecesarios para el resultado, o no estar relacionados con los hechos del caso, o dirigirse a un punto que ninguna de las partes intentó argumentar, además, puede haber sido formulado por el juez sin tomar el cuidado que se requeriría si hubiera sido parte de la razón de la decisión.⁷⁵³ A pesar de que los *obiter dicta* son consideraciones que van más allá del caso y que tienen menos peso que el precedente, estos suelen proporcionar una guía útil para las futuras decisiones, sin llegar a tener la autoridad de la *ratio decidendi*.⁷⁵⁴

Después de todo, los *obiter dicta* no deben desestimarse simplemente porque no sean vinculantes, debido a que en muchas ocasiones «estos incluyen la discusión de los jueces sobre los valores inherentes del Derecho, su ponderación de principios, y de hecho sus intentos de formular principios que hasta entonces estaban más implícitos que explícitos en el Derecho. Gran parte de la argumentación jurídica se ocupa de asuntos como estos, y la ausencia de una fuerza estrictamente vinculante en tales *dicta* es irrelevante para su valor más amplio como un elemento del discurso jurídico».⁷⁵⁵ En fin, como dicen CROSS y HARRIS, los *obiter dicta* pueden gozar de diversos niveles de persuasividad.⁷⁵⁶

De ahí que la diferencia primaria entre *ratio decidendi* y el *obiter dicta* parece ser una diferencia en el grado de influencia que tienen en la toma de decisiones posteriores.

⁷⁵² *Ibid*: 86.

⁷⁵³ DUXBURY, 2008: 90.

⁷⁵⁴ SELLERS, 2006: 73.

⁷⁵⁵ MACCORMICK, 2016: 74-75.

⁷⁵⁶ CROSS y HARRIS, 2012: 101.

Por eso, si hay alguna diferencia en especie entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*, no está claro qué es.⁷⁵⁷

Aun así, debe subrayarse «que el sistema del precedente se funda en la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*»,⁷⁵⁸ la misma que solo es realizable a luz de los hechos del caso en el que se creó el precedente. Sin importar la noción de *ratio decidendi* que se maneje, su formulación no puede ser efectuada al margen del contexto del caso y, es en este contexto, donde los hechos juegan un papel determinante, pues sólo a partir de ellos tiene sentido hablar de *ratio decidendi* u *obiter dicta*.

En otras palabras, si el extremo vinculante de una decisión anterior es construida al margen de los hechos del caso, resulta infructuoso distinguir entre *ratio decidendi* u *obiter dicta*, ya que cualquier consideración ofrecida por el tribunal anterior puede erigirse como regla vinculante para la toma de decisiones en casos posteriores, con lo cual dejaríamos de tomar en serio la noción de precedente, aquella que nos dice que la *ratio decidendi* es la parte vinculante de un caso anterior⁷⁵⁹.

4. LOS HECHOS EN LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

La necesidad del razonamiento jurídico se produce cuando los miembros de una comunidad confieren autoridad a ciertas personas para resolver las controversias que surjan entre ellos.⁷⁶⁰ Pues, tomar una decisión no es simplemente la elección de una solución, sino que implica el razonamiento, la deliberación consciente, acerca de las razones de la elección finalmente hecha.⁷⁶¹

En este sentido, la exigencia central en la toma de decisiones es que el llamado a decidir construya su decisión a partir de las disposiciones normativas y de los precedentes en los que se haya abordado una cuestión similar al suyo. Toda vez que la nota característica del razonamiento jurídico es su vinculatoriedad al derecho vigente.⁷⁶²

⁷⁵⁷ HARDISTY, 1979: 59.

⁷⁵⁸ WRÓBLEWSKI, 2013: 304.

⁷⁵⁹ DUXBURY, 2008: 91.

⁷⁶⁰ ALEXANDER y SHERWIN, 2008b: 9.

⁷⁶¹ *Ibid.*: 10.

⁷⁶² ALEXY, 2007: 294.

Entre el razonamiento judicial y el precedente existe una estrecha vinculación, dado que la autoridad del precedente proviene de la razón.⁷⁶³ Por ello, seguir un precedente es trazar una analogía entre un caso y otro. Así, el razonamiento jurídico puede ser descrito como razonamiento analógico caso por caso,⁷⁶⁴ en el que la autoridad del precedente tiene mucho que ver con el hecho de que este llegue a ser entendido y valorado como fuente de razón.⁷⁶⁵

En este contexto, «los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales».⁷⁶⁶ Es decir, «el uso de los precedentes se muestra así como un procedimiento de argumentación que viene exigido como tal por razones práctico-generales (principio de universalidad/regla de la carga de la argumentación), y que es, en esa medida, racional, y cuyo uso presupone argumentos adicionales, especialmente, argumentos prácticos de tipo general».⁷⁶⁷

Por ese motivo, al tener el precedente en nuestro ordenamiento carácter vinculante, «juega en la argumentación el mismo papel que *la ley* y garantiza la *unidad de solución correcta*».⁷⁶⁸ Sin embargo, cuando los jueces en el proceso de decisión, recurren a los precedentes no están razonando a partir de una regla particular, como en el caso de la interpretación de la legislación, sino a partir de una decisión particular; es decir, están argumentando que el precedente tiene alguna relación con el caso en cuestión.⁷⁶⁹ De ahí que, es un error tratar la obligación de seguir precedentes como equivalentes a la interpretación de reglas legales vinculantes.⁷⁷⁰

En ese sentido, «razonar por precedentes es, esencialmente, razonar por comparaciones»,⁷⁷¹ ya que la norma general creada en un caso anterior puede ser aplicada a un caso posterior cuando los hechos de ambos casos son similares. Es decir, la aplicación de esta norma responde a la existencia de una relación de similitud entre los hechos del caso precedente y los hechos del caso actual.

⁷⁶³ Cfr. EDLIN, 2008: 3.

⁷⁶⁴ DUXBURY, 2008: 2.

⁷⁶⁵ *Ibid*: 57.

⁷⁶⁶ MORAL, 2002: 129.

⁷⁶⁷ ALEXY, 2007: 382-383.

⁷⁶⁸ GASCÓN y GARCÍA, 2005: 215.

⁷⁶⁹ DUXBURY, 2008: 60.

⁷⁷⁰ *Ibid*: 62.

⁷⁷¹ NUNES y HORTA, 2015: 310.

Por ello, detrás del uso del precedente subyace «una exigencia de la argumentación racional que el intérprete formule siempre una *única* respuesta en presencia de los mismos supuestos».⁷⁷²

Pues bien, el precedente es vinculante si se cumplen con determinadas condiciones, una de ellas, quizá la más determinante, es que el nuevo caso sea igual en un sentido relevante a los casos decididos previamente.⁷⁷³ Por eso, cuando el juez del caso posterior está constreñido a seguir decisiones anteriores, su primera tarea será verificar si el caso que debe resolver guarda alguna relación de semejanza con los precedentes.⁷⁷⁴ De manera que si la regla creada en el caso precedente puede resolver lo que es esencialmente el mismo problema legal que plantea el segundo caso, entonces el juez debe aplicarla.⁷⁷⁵

Así, el precedente vinculante pone al juez del caso posterior en una disyuntiva entre seguir el precedente o distinguirlo. Ello en la medida que, la doctrina alrededor del precedente «combina la obediencia (*following*) al precedente con una flexibilidad (discrecionalidad) considerable, toda vez que permite a los tribunales, aun aquellos vinculados por el precedente, a *distinguir* una decisión anterior».⁷⁷⁶

Para RAZ dado el poder general que tienen los jueces para *distinguir* está sometida a dos condiciones fundamentales: (1) la norma modificada tiene que ser la norma establecida en el precedente, limitada por la adición de una ulterior condición para su aplicación; (2) la norma modificada tiene que ser de forma tal que justifique el orden establecido en el precedente. Conforme a la primera condición, los tribunales al *distinguir* únicamente pueden limitar las normas establecidas, no pueden extenderlas; ya que a través de la distinción se modifica una norma para evitar su aplicación a un caso al cual esta efectivamente se aplicaría tal como se encuentra. O sea, esta restricción a los alcances del precedente solo puede ser realizada añadiendo nuevas condiciones para su aplicación, sin llegar a sustituir la norma anterior por cualquier otra norma que pudiera

⁷⁷² GASCÓN, 1993: 28.

⁷⁷³ MACCORMICK, 2016: 249.

⁷⁷⁴ DIDIER, SARNO y ALEXANDRIA, 2015: 490-491.

⁷⁷⁵ WALDRON, 2012: 25; para SCHAUER «el esqueleto llano de lo que significa apelar a un precedente puede formularse fácilmente: el tratamiento previo de la ocurrencia de „“ del modo x constituye, únicamente en virtud de su origen histórico, una razón para tartar a „“ del modo x siempre y cuando „“ ocurra nuevamente» (2004: 244).

⁷⁷⁶ RAZ, 1985: 234.

considerarse mejor, aun cuando esta sea más limitada en su aplicación. Por todo esto, la norma construida a partir de la distinción tiene que estar basada en la anterior y contener todas las condiciones que la anterior contenía conjuntamente con la nueva condición restrictiva. La segunda condición limita aún más el poder del tribunal, al conminarlo a construir una nueva norma que sea una base alternativa posible de la decisión original. Por tanto, las opciones para introducir condiciones restrictivas son muy limitadas.⁷⁷⁷

Distinguir es lo que realizan los jueces cuando establecen diferencias entre un caso y otro.⁷⁷⁸ Para distinguir entre el caso anterior y el caso presente, es necesario hallar alguna diferencia jurídicamente relevante.⁷⁷⁹ Es decir, al distinguir dentro de un caso se busca diferenciar la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*, separar los hechos materialmente relevantes de aquellos que son irrelevantes frente a la decisión. Por ello, distinguir entre casos, es ante todo una cuestión de demostrar las diferencias fácticas entre el caso anterior y el presente, demostrar que la *ratio* de un precedente no se aplica satisfactoriamente al caso en cuestión.⁷⁸⁰

Como resalta DUXBURY, la distinción no consiste simplemente en señalar las diferencias fácticas entre los casos, sino que dichas diferencias sean de tal magnitud como para proporcionar una razón suficientemente convincente para negarse a seguir una decisión anterior. Debe tratarse de una diferencia material y significativa, puesto que el poder de distinguir un caso de otro que tienen los jueces no los autoriza a ignorar el precedente siempre les convenga.⁷⁸¹

Así, «cuando el caso ante un tribunal decisorio está cubierto por una regla explícitamente adoptada en un precedente que es al menos una regla razonablemente buena, entonces el tribunal debería (y normalmente lo hará) aplicar la regla explícitamente adoptada o distinguirla de manera consistente con la regla. En contraste, cuando el caso ante una corte decisoria está cubierta por una regla adoptada en un precedente que es una regla pobre, entonces el tribunal debe (y normalmente lo hará) anular el precedente, usar el enfoque de resultado para transformar la regla, o distinguir

⁷⁷⁷ *Ibid*: 234-235.

⁷⁷⁸ DUXBURY, 2008:113.

⁷⁷⁹ HART, 1995: 168.

⁷⁸⁰ DUXBURY, 2008:113.

⁷⁸¹ *Ibid*: 114.

la regla de una manera inconsistente». ⁷⁸² Por eso al distinguir los tribunales tienen la posibilidad de elegir entre distinciones consistentes e inconsistentes.

a.- *Distinciones consistentes*

En la distinción, anota EISENBERG, el juez se encuentra frente a una regla que se adoptó explícitamente en un precedente y que es literalmente aplicable al caso en cuestión. Por ello, al distinguir el juez no rechaza la regla, pero tampoco la aplica. Aquí, el juez determina que la regla adoptada debe ser reformulada mediante la creación de una excepción que comprenda al caso que debe resolver. ⁷⁸³

La distinción consistente de una regla explícitamente adoptada en un precedente se produce cuando, como resultado de alguna característica del caso precedente, se cumple con una o ambas de las siguientes condiciones: (i) las proposiciones sociales – *normas morales, políticas y proposiciones empíricas*- que apoyan la regla adoptada, no se aplican al caso en cuestión; (ii) el caso en cuestión implica una proposición social – *normas morales, políticas y proposiciones empíricas*- que no se aplica al caso típico cubierto por la regla adoptada. ⁷⁸⁴

En esta distinción se combinan elementos tanto de la regla adoptada como de los enfoques basados en los resultados. Así, por un lado el juez comienza con, y no abandona, la regla explícitamente adoptada; por el otro, el juez concluye que la norma adoptada se formuló sin considerar algunas características que son relevantes en el caso que nos ocupa, y que una reformulación de la regla adoptada a efectos de tener en cuenta estas características, es coherente con el resultado del precedente.

EISENBERG ejemplifica esta distinción recurriendo al caso *Dougherty v. Salt*. En este caso, el demandante, un muchacho de ocho años, recibió de su tía, la testadora del demandado, un pagaré por \$ 3,000, pagadero a su muerte o antes. El documento era impreso y contenía las palabras *valor recibido*. La tía entregó la nota a su sobrino con estas palabras: «Siempre has hecho por mí, y he firmado esta nota para ti. Ahora, no lo pierdas. Algún día será valioso». El juez de primera instancia presentó al jurado la cuestión de si había alguna contraprestación por el pago prometido. Posteriormente,

⁷⁸² EISENBERG, 2008: 92.

⁷⁸³ *Ibid*: 93.

⁷⁸⁴ *Ibid idem*.

anuló el veredicto a favor del demandante, y la desestimó. La División de Apelaciones, por un tribunal dividido, revocó la sentencia y restableció el veredicto basándose en que la nota era suficiente prueba de consideración.

Bajo este contexto, supongamos que la regla explícitamente adoptada es que los *acuerdos* son aplicables. Ahora, un menor entra en un acuerdo. El tribunal nunca ha considerado si las ofertas con menores de edad deben ser exigibles contra el menor. La regla adoptada, que los tratos son ejecutables, es la mejor regla posible, y es literalmente aplicable al caso en cuestión. Sin embargo, dice EISENBERG, el tribunal debe distinguir el caso en cuestión, y reformular la norma adoptada, haciendo una excepción para los menores. Esto es así porque se cumplen las condiciones para una distinción coherente. La regla adoptada descansa en parte en la proposición social de que los actores privados son los mejores jueces de sus propios intereses. No obstante, esta proposición no se aplica al caso que nos ocupa, porque otra proposición social nos dice que a menudo los menores no son buenos jueces de sus propios intereses.

b.- *Distinciones inconsistentes*

La distinción es inconsistente porque en este supuesto nos encontramos ante una regla explícitamente adoptada en un precedente que es literalmente aplicable al caso que nos ocupa, pero se trata de una regla pobre, una regla sustancialmente incongruente con las proposiciones sociales -*normas morales, políticas y proposiciones empíricas*-, que en base a los criterios básicos del razonamiento judicial no debe ser seguida.⁷⁸⁵

En este sentido, para poder evitar seguir la regla el juez puede: (a) usar el enfoque basado en resultados para transformar la regla; (b) anular el precedente que adoptó la regla; (c) distinguir inconsistentemente la regla adoptada en el precedente, es decir, formular una excepción a la regla adoptada que no esté justificada por las proposiciones sociales que apoyan la regla ni en una proposición social que esté implicada en el caso en cuestión pero que no se aplica al caso típico cubierto por la regla.⁷⁸⁶

Para EISENBERG la práctica de la distinción inconsistente es deseable, siempre que sea empleada adecuadamente. Pues esta distinción es un paso intermedio en un

⁷⁸⁵ *Ibid*: 94.

⁷⁸⁶ *Ibid* *idem*.

proceso dinámico que debe conducir al cambio completo de la regla. Ergo, al utilizar la técnica de la distinción inconsistente un tribunal puede simultáneamente avanzar hacia la mejor regla, proteger la dependencia justificada al pasado, disminuir la probabilidad de dependencia en el futuro y preparar el camino para una superación.⁷⁸⁷

Ahora bien, usualmente se percibe al poder que tienen los jueces para distinguir un caso de otro como un mecanismo que debilita la fuerza vinculante del precedente. Pero, sucede todo lo contrario, ya que la técnica del *distinguishing* tiene un profundo respeto por la naturaleza esencial del precedente, tanto así, que tengo la obligación de distinguir porque el precedente es vinculante para mí.⁷⁸⁸ En otras palabras, la distinción no se basa en un poder de enmendar *rationes*, es simplemente el resultado de considerar la relevancia de un precedente existente⁷⁸⁹ a la luz de los hechos del caso actual.

Después de todo, los precedentes establecen reglas en su *rationes*, y tales reglas son vinculantes en los casos posteriores cuyos hechos están comprendidos en el ámbito de aplicación de dichas reglas.⁷⁹⁰ Es decir, los precedentes son vinculantes para los casos posteriores cuyos hechos caen dentro del alcance de estas reglas.⁷⁹¹ En última instancia, no deberíamos olvidar, que el precedente usualmente consiste, nada menos que en hechos, cuestiones, decisiones y razones sustantivas de esas decisiones.⁷⁹²

Queda claro entonces que, la tarea inicial del juez -en un sistema jurídico en el que se está obligado a seguir precedentes judiciales-, consiste en verificar si el caso que tiene que resolver guarda alguna semejanza con los casos precedentes. Para ello, el juez debe valerse de un método de comparación que le permita, a la luz de un caso concreto, analizar los elementos objetivos de su caso, confrontándolos con los elementos caracterizadores de los casos anteriores.⁷⁹³ De no encontrar elementos relevantes que permitan distinguir un caso de otro, el juez deberá sujetar su decisión a la *ratio decidendi* del caso similar. Evidenciándose de esta manera que, un paso necesario para aplicación de la *ratio decidendi* de un caso previo, es comparar el caso del que proviene

⁷⁸⁷ *Ibid*: 96.

⁷⁸⁸ STONE, 1959: 614.

⁷⁸⁹ LAMOND, 2005: 18.

⁷⁹⁰ *Ibid*: 5.

⁷⁹¹ COX, 1987: 120, «Los tribunales, según la teoría, deciden un caso a la vez. La decisión se convierte en un precedente obligatorio para cada caso futuro sobre hechos que son los mismos en todos los aspectos materiales como en el caso anterior».

⁷⁹² SUMMER, 1978: 731.

⁷⁹³ DIDIER, SARNO y ALEXANDRIA, 2015: 490-491.

la *ratio decidendi* con el caso en cuestión, analizando esencialmente sus circunstancias fácticas.⁷⁹⁴

Al igual que en la determinación de la *ratio decidendi* y de su diferenciación con un *obiter dicta*, los hechos del caso anterior cobran una notable trascendencia en el poder que tienen los jueces para diferenciar un caso de otro. Es decir, si la *ratio decidendi* se construye a partir de los hechos relevantes del caso anterior, entonces solo se podrá aplicar dicha *ratio* cuando en el caso presente se encuentran hechos similares a los que dieron lugar a la *ratio decidendi* del caso precedente. Pero, si después de cotejar los hechos de ambos casos, resulta que los mismos son distinguibles, el juez contará con un argumento muy fuerte para no aplicar el precedente, pues la *ratio* del caso previo no calza con los hechos del caso que debe decidir, y dependiendo del grado de disparidad, el juez podrá arribar a una decisión totalmente distinta.

Siendo así, la técnica del *distinguishing* requiere para su aplicación que los precedentes sean sentados en el contexto de un caso concreto, esto es, que la *ratio decidendi* sea la respuesta construida para solucionar un determinado problema fáctico con relevancia jurídica, y no una solución abstracta que prescinda de los hechos del caso. Sin hechos concretos no puede haber comparación, y sin comparación no puede haber *distinción*; consecuentemente, tampoco tendría sentido diferenciar la *ratio decidendi* de un *obiter dicta*.

5. LOS HECHOS EN LA SUPERACIÓN DEL PRECEDENTE

A partir de la comparación entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso actual, se determina si la regla creada en el precedente debe ser aplicada a este último caso; vale decir, una vez determinada la identidad material entre los casos, el juez del caso actual debe aplicar el precedente. Sin embargo, cuando el caso en cuestión debe ser decidido por una corte de vértice, en nuestro caso por el TC, se abre una nueva posibilidad: la superación del precedente.

Ahora bien, en el caso de la *superación*, a diferencia de la *distinción*, no nos encontramos frente a casos que no guardan una identidad material, sino ante casos materialmente idénticos que son decididos de forma diferente. En otras palabras, en la

⁷⁹⁴ MARINONI, 2013: 375.

superación el caso anterior y el caso a ser decidido plantean las mismas cuestiones jurídicas, y estas ya fueron resueltas en el caso precedente.⁷⁹⁵ Es decir, cuando los jueces superan un precedente no solo se niegan a seguirlo sino que además declaran que se debe adoptar una nueva decisión⁷⁹⁶ respecto a hechos materialmente idénticos.

De acuerdo con esto, el deber que tienen las cortes de vértice de seguir sus precedentes a veces da paso al poder que tienen para anularlos.⁷⁹⁷ Así, por un lado, la práctica de seguir precedentes fomenta la unidad, la estabilidad y la igualdad en la aplicación de la ley; y por el otro, el *overruling* –como técnica de superación– permite a los tribunales supremos corregir sus errores pasados y adaptar el derecho a circunstancias cambiantes.⁷⁹⁸

En ese sentido, como dicen DIDIER, SARNO y ALEXANDRIA, el *overruling* es una técnica a través de la cual un precedente pierde su fuerza vinculante y es sustituido (*overruled*) por otro precedente. De tal forma que, el propio tribunal que sentó el precedente puede abandonarlo en un caso futuro invocando el *overruling*. Esta sustitución, precisan, puede ser: (i) expresa (*express overruling*) o (ii) tácita o implícita (*implied overruling*). Será expresa, cuando el tribunal resuelva, expresamente, adoptar una nueva orientación, abandonando la anterior; mientras que será tácita o implícita cuando la nueva orientación es adoptada en confrontación con la posición anterior, sin expresa sustitución de esta última.⁷⁹⁹

Por otro lado, se sostiene que existen dos circunstancias en los que se produce el *overruling*: «primero, cuando un tribunal superior anula una norma establecida por un tribunal inferior; segundo, cuando un tribunal anula su propia decisión previa (o una pronunciada por otro tribunal de igual jerarquía). Es común a ambos tipos el hecho de que la decisión anulada era jurídicamente obligatoria hasta su anulación. En virtud de que las decisiones de los tribunales de apelación (*Courts of Appeal*) son jurídicamente obligatorias (y de hecho gran parte del common law descansa en que no existe una autoridad superior), una decisión de la *House of Lords* anulando una decisión del

⁷⁹⁵ Cfr. BUSTAMANTE, 2016: 397-398.

⁷⁹⁶ DUXBURY, 2008: 117.

⁷⁹⁷ BURTON, 2014: 1687.

⁷⁹⁸ *Ibid*: 1687.

⁷⁹⁹ DIDIER, SARNO y ALEXANDRIA, 2015: 494.

tribunal de apelación es un ejemplo del primer tipo; mientras que una decisión de la *House of Lords* anulando su propia decisión, es una instancia del segundo».⁸⁰⁰

Es importante no olvidar que, en un sistema jurídico en el que los precedentes poseen fuerza obligatoria, el poder de anularlos debe ser limitado. Puesto que, «si todo tribunal está facultado para anular cualquier decisión de cualquier otro tribunal, la cual se aplica al caso de su conocimiento, siempre que considere que es lo mejor que puede hacerse, entonces el sistema jurídico no reconoce la fuerza obligatoria de los precedentes. Los precedentes son obligatorios únicamente cuando los tribunales no tiene la facultad de anularlos siempre que lo deseen».⁸⁰¹ Por esa razón, como apunta SHANNON, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado repetidas veces que se reserva el derecho exclusivo de anular sus propios precedentes.⁸⁰²

Ahora, si se quiere anular un precedente, la razón de hacerlo debe ser especialmente fuerte⁸⁰³, pues existe la necesidad de «asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad».⁸⁰⁴ Y es que, no debemos olvidar, que la seguridad jurídica refleja la necesidad de que el orden jurídico sea estable y tenga un mínimo de continuidad.⁸⁰⁵ Necesidad que demanda el concurso no solo de la legislación, sino además de las decisiones judiciales, toda vez que la «seguridad jurídica puede de la misma forma tener como objeto no la norma propiamente dicha, sino su aplicación uniforme y no arbitraria».⁸⁰⁶ De modo que, como sostiene ÁVILA, se puede hablar de «seguridad de aplicación de las normas», en lugar de «seguridad de las normas».⁸⁰⁷ La seguridad de aplicación de las normas «depende de elementos argumentativos y procesales. Los elementos argumentativos se refieren al uso de estructuras claras y objetivas de razonamiento, presentes cuando las premisas y conclusiones del razonamiento jurídico se esclarecen y fundamentan en el ordenamiento jurídico, y su construcción obedece a criterios racionales de argumentación, basados en su

⁸⁰⁰ RAZ, 1985: 238-239.

⁸⁰¹ *Ibid*: 239.

⁸⁰² SHANNON, 2009: 151. El caso más representativo en este sentido es, sin lugar a dudas, *Rodríguez de Quijas vs. Shearson/American Express, Inc.*

⁸⁰³ DUXBURY, 2008: 117.

⁸⁰⁴ STC N° 0001/0003-2003-AI, F. J. 3.

⁸⁰⁵ MARINONI, 2013: 139.

⁸⁰⁶ ÁVILA, 2012: 120.

⁸⁰⁷ *Ibid ídem*.

consistencia formal y en su coherencia material. Los elementos procesales se refieren a un procedimiento, administrativo o judicial, que permita y considere la amplia defensa y el contradictorio, así como que garantice la fundamentación escrita y lógica de las decisiones». ⁸⁰⁸

Así, «también la jurisdicción causa problemas de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad: de cognoscibilidad, en virtud de la falta de fundamentación adecuada de las decisiones o incluso de la existencia de divergencia entre decisiones, órganos o tribunales; de confiabilidad en razón de la modificación jurisprudencial de criterios anteriormente consolidados con eficacia retroactiva incluso para aquellos que, con base en el criterio abandonado, ejecutaron actos de disposición de sus derechos fundamentales; y de confiabilidad, por la falta de suavidad en los cambios de criterio o incluso por la ausencia de coherencia en la interpretación del ordenamiento». ⁸⁰⁹

De acuerdo con esto, una función básica de la ley y de las decisiones judiciales será permitir a las personas predecir las consecuencias de sus acciones, guiándolos a fin de tomar las mejores decisiones a la hora de gestionar sus intereses. ⁸¹⁰ Por ello, los jueces y tribunales deben sentirse obligados a seguir el precedente con el propósito de evitar socavar la confianza que las personas han construido alrededor de las decisiones anteriores. ⁸¹¹

Debido a todo ello, para EISENBERG, es importante que la superación del precedente se produzca bajo dos condiciones: según la primera, un precedente puede ser anulado si: (i) no satisface sustancialmente los estándares de congruencia social y consistencia sistémica, y (ii) cuando los valores subyacentes a la estabilidad y el principio de *stare decisis*, -como la imparcialidad, la protección de la confianza justificada, la prevención de la sorpresa injusta, la replicabilidad y el apoyo- son realizados de manera más sobresaliente por la superación que por la preservación del precedente. ⁸¹² Esta primera condición vendría a ser una especie de principio básico del overruling. Ahora, existen algunos casos en los que un precedente no satisface los estándares de congruencia social y consistencia sistémica; no obstante no se cumple con

⁸⁰⁸ *Ibid ídem.*

⁸⁰⁹ *Ibid:* 135.

⁸¹⁰ *Cfr.* LEVIN, 2013: 1054.

⁸¹¹ *Ibid ídem.*

⁸¹² EISENBERG, 1988: 104-105.

la primera condición, ya que los valores subyacentes a la estabilidad y el principio de *stare decisis* no serían mejor realizados por la superación sino por la preservación del precedente. En estos casos, entra en juego la segunda condición, conforme a la cual el precedente debe ser anulado, si y solo si, las ventajas de hacer que el precedente sea social y sistemáticamente coherente superan los costos de no servir a los valores que subyacen a la estabilidad y el principio del *stare decisis*.⁸¹³

Cuando se aborda el problema de la superación del precedente en el *common law*, el análisis no se restringe al *overruling*, también se comprende en él: (a) al *Anticipatory overruling*; (b) al *prospective overruling*; (c) *transformation*; y (d) *overriding*.

a.- *Anticipatory overruling*

En el sistema jurídico norteamericano, generalmente se asume que los precedentes de la Corte Suprema, deben ser seguidos por los tribunales federales inferiores. Pero no siempre es así, a veces una corte de apelaciones de los Estados Unidos predice que la Corte Suprema dejará de seguir uno de sus precedentes y anticipa la acción de la Corte Suprema al anular el precedente.⁸¹⁴

Los tribunales de apelación han usado el *anticipatory overruling* por varias razones, entre ellas: (i) la creencia de que el precedente ha sido erosionado (pero no rechazado) por decisiones posteriores de la Corte Suprema; (ii) percepción de una tendencia en las decisiones de la Corte Suprema hacia otra regla; y (iii) conciencia de que la Corte Suprema ha indicado en otras decisiones que está a la espera de un caso apropiado como vehículo para anular el precedente. Pero estas no serían la únicas razones, en la lista también se incluyen: (iv) la probabilidad de que los cambios en la membresía de la Corte Suprema o, en particular, opiniones de los Magistrados resultarán en la revocación del precedente; (v) una sensación de que la Corte Suprema pudo haber cometido un error o haber sido engañada en la decisión anterior y, por lo tanto, decidir de manera diferente ahora; y (vi) la experiencia del Tribunal Supremo y otros tribunales en la aplicación práctica del precedente.⁸¹⁵

⁸¹³ *Ibid*: 122.

⁸¹⁴ KNIFFIN, 1982: 53.

⁸¹⁵ *Ibid*: 54.

Bien vistas las cosas, se advierte que el *anticipatory overruling* no tiene por objeto anular un precedente, sino que es una técnica que permite a la Corte de Apelación inaplicar un precedente. En otras palabras, «la Corte de Apelación no revoca anticipadamente el precedente, sino que deja de aplicarlo en virtud de tener fuertes fundamentos de que la Corte Suprema, si tuviese el caso en sus manos para juzgarlo, revocaría el precedente».⁸¹⁶

b.- *Prospective overruling*

Generalmente en el *common law* las decisiones judiciales son retroactivas; o sea la regla establecida en un caso se aplica a hechos ocurridos antes de que el caso fuera decidido y será aplicable a todos los hechos similares que ocurrieron antes de la decisión; sin embargo, no siempre es así, pues existen ocasiones en que la nueva regla se aplica a los hechos del caso que se ha de decidir, pero no a ningún otro hecho ocurrido antes de la fecha de la decisión.⁸¹⁷ Para realizar esto último, los tribunales suelen recurrir a la técnica del *prospective overruling*.

En virtud del *prospective overruling*, la Corte Suprema revoca un precedente y, al mismo tiempo, establece que la nueva regla se aplicará solo a los casos futuros.⁸¹⁸ Ello quiere decir que, por medio del *prospective overruling* la Corte Suprema regula los efectos de sus decisiones a fin de proteger la confianza depositada en las decisiones pasadas. Aquí se asume que las personas al realizar sus transacciones se han basado en los precedentes vigentes, por lo que esperan que sus conflictos se resuelvan con esas mismas reglas. De allí que, el *prospective overruling* se conceptualiza mejor como un ejercicio de las facultades correctivas de un tribunal destinadas a proteger a aquellos que se han basado en los pronunciamientos judiciales.⁸¹⁹

Ahora, como precisa EISENBERG, en el caso más simple, la nueva regla –la que anula la anterior regla- se aplica a los hechos del caso que se decide, mas no a los casos estructurados en base a hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de la decisión. En otras variantes, hay casos en los que la nueva regla no se aplica a los hechos del caso en cuestión (*pure prospective overruling*); y casos en lo que la nueva regla se aplica

⁸¹⁶ MARINONI, 2013: 469.

⁸¹⁷ EISENBERG, 1988: 127.

⁸¹⁸ PASSANANTE, 2017: 460.

⁸¹⁹ TREANOR y SPERLING, 1993: 1932.

únicamente a casos cuyos hechos acontecen después de la fecha fijada en la decisión (*prospective prospective overruling*).⁸²⁰

De otro lado, la técnica de la *prospective overruling* puede ser considerada como un remedio frente a las consecuencias que deben derivarse de la relativa imprevisibilidad de una decisión judicial que revierte una decisión judicial anterior.⁸²¹ Igualmente, puede ser percibida como correctiva, sin que ello denote que el tribunal que la adopta está usurpando las funciones legislativas, pues lo que hace dicho tribunal es crear un recurso capaz de proteger a los que se han basado en sus decisiones.⁸²² Con todo, la *prospective overruling* tiene beneficios obvios.

c.- *Transformation*

La transformación ocurre cuando un tribunal revierte completamente un precedente pero no anuncia que lo ha hecho.⁸²³ Es decir, al igual que el *overruling* la *transformación* implica la superación total del precedente. Por lo que, la distinción entre *transformación* y *overruling* suele ser formal más que sustantiva.

Pues bien, en el *overruling* el tribunal anuncia explícitamente que se está anulando el precedente; mientras que en la *transformación*, no lo hace. Aquí la distinción es meramente formal. Si la distinción se basa en que, en la *transformación* la regla recién anunciada es consistente con los resultados alcanzados en los precedentes, en tanto que en el *overruling* no lo es, entonces la distinción será sustancial.⁸²⁴

El *overruling* y la *transformación* reflejan dos realidades diferentes de la anulación total del precedente. Así, mientras el *overruling* refleja la realidad de que un precedente recién anunciado está siendo sustituido por una antigua; la *transformación* refleja la realidad de que cuando un precedente sea totalmente anulado, a menudo ya habrá sido anulado sustancialmente en parte. Siendo así, teóricamente hablando, la

⁸²⁰ EISENBERG, 1988:127-128.

⁸²¹ TREANOR y SPERLING, 1993: 1937.

⁸²² *Ibid*: 1938.

⁸²³ EISENBERG, 1988: 132.

⁸²⁴ *Ibid*: 133.

elección entre la *transformación* y el *overruling* puede depender de qué realidad sea más fuerte en un caso dado.⁸²⁵

d.- *Overriding*

Ocurre el *overriding* cuando un tribunal reduce el ámbito de aplicación de un precedente en favor de una regla o principio legal surgido después de que se sentó dicho precedente.⁸²⁶ En otros términos, hay *overriding* cuando un tribunal limita el ámbito de incidencia de un precedente, en función de una regla o principio legal.⁸²⁷

Así pues, en el *overriding* no existe superación total del precedente, apenas existe una superación parcial, algo similar a una revocación parcial. Por ese motivo, el *overriding* no implica la sustitución de la norma contenida en el precedente, lo que se produce es un nuevo posicionamiento que restringe su incidencia.⁸²⁸

De suerte que, desde un punto de vista teórico, el *overriding* puede reducirse a un caso especial de separación a través de distinciones consistentes, en el que el tribunal se ocupa de un tipo de asunto que no estuvo involucrado en los precedentes que establecieron la doctrina anterior y concluye que, dadas las proposiciones sociales que apoyan la doctrina anterior, el asunto en cuestión debe ser objeto de tratamiento en virtud de la última. Sin embargo, en la práctica, cuando un tribunal anula una doctrina establecida, a menudo se ocupa exactamente de la clase de asuntos que estaban implicados en los precedentes.⁸²⁹

Ciertamente, el *overriding* como una forma de anular un precedente; por un lado, se asemeja a la *transformación* en que el tribunal no se caracteriza por anunciar que se ha producido la anulación del precedente; por el otro, se asemeja al *overruling* en que la nueva regla no puede conciliarse con los viejos resultados. Distinguiéndose del *overruling* como de la *transformación* en que la anulación del precedente es frecuentemente sólo parcial. De ahí que, con sus conexiones a la separación en un

⁸²⁵ *Ibid idem.*

⁸²⁶ *Ibid:* 135.

⁸²⁷ DIDIER, SARNO y ALEXANDRIA, 2015: 507.

⁸²⁸ *Ibid idem.*

⁸²⁹ EISENBERG, 1988: 135.

extremo, y al *overruling* y la *transformación* en el otro, el *overriding* puede verse como un puente entre los modos de razonamiento jurídico.⁸³⁰

6. HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS VI Y VII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A pesar que existen voces que niegan el rol creativo del juez o lo reducen a la creación de normas individuales, normas para el caso particular, los jueces tienen cierto poder creativo al interpretar y aplicar el derecho a los casos concretos, sin que por ello dejen de estar vinculados al contenido de las prescripciones normativas, las cuales pueden ser derivadas del derecho o de su sistematización racional.⁸³¹ En otras palabras, «en la aplicación judicial del derecho existe, en mayor o menor grado, tanto un margen de creación como una esfera de vinculación al derecho preexistente».⁸³²

Por eso, cualquier teoría del precedente, respetuosa de la separación de poderes, debe partir de la premisa que los jueces únicamente pueden crear normas generales vinculantes en el ejercicio de la función jurisdiccional, actividad mediante la cual se deciden las controversias planteadas en un caso particular. Es decir, el proceso creativo del juez «es puesto en movimiento por alguna situación concreta, para adaptar el derecho a esa situación; las consideraciones que deben guiarlo son, con respecto al fin definitivo a alcanzar, exactamente de la misma naturaleza que las que deben dominar en

⁸³⁰ *Ibid*: 136 y ss, “(...) otro proceso por el cual los tribunales revierten doctrinas establecidas es el de trazar distinciones inconsistentes, es decir, distinciones que son inconsistentes con la regla subyacente, dadas las proposiciones sociales que apoyan la regla. Este proceso se asemeja a la superación y transformación en el sentido de que implica el derrumbamiento de una doctrina establecida que sustancialmente no satisface los estándares de congruencia social y consistencia sistémica. Se diferencia de esos procesos en que el vuelco es sólo parcial. Por lo general, incluso después de establecerse una distinción inconsistente, quedarán al menos algunos casos en los que los tribunales aplican la regla subyacente, ya sea porque la distinción no es total o porque no puede administrarse de manera coherente... La integridad en su sentido ordinario puede como la imparcialidad estar satisfecha no sólo por la coherencia de los resultados o resultados, sino por la aplicación coherente de los principios institucionales que generan los resultados. Por lo general, el empleo consistente de los principios institucionales genera resultados consistentes. Sin embargo, ciertos principios institucionales pueden generar resultados que son inconsistentes en el sentido de que, bajo estos principios, los casos que no pueden distinguirse sobre la base de proposiciones sociales aplicables, no obstante, se tratan de manera diferente. Los principios institucionales de superación, por ejemplo, pueden generar resultados actuales que son inconsistentes con los resultados pasados. Este ejemplo muestra que el constante desarrollo de los principios institucionales no carece de integridad e incluso de imparcialidad simplemente porque genera resultados incoherentes (...)”

⁸³¹ BUSTAMANTE, 2016: 271.

⁸³² *Ibid ídem*.

la acción legislativa misma, puesto que es una cuestión de satisfacer, en cada caso, lo mejor posible la Justicia y la utilidad social mediante una norma apropiada».⁸³³

De ahí que, «mientras el legislador no se halla trabado por ninguna limitación en la apreciación de la situación general –la que él norma en una manera absolutamente abstracta–, el juez decide ante casos particulares y con referencia a problemas absolutamente concretos».⁸³⁴

6.1. Jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente

Desde la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha vuelto común en nuestro medio el uso indiscriminado de términos que aparentemente guardarían una relación de sinonimia, pero que en rigor son muy distintos; creándose con ello una confusión que necesita ser aclarada para poder atribuir a cada concepto un significado preciso, de tal manera que podamos asignarles el régimen jurídico que les corresponde.⁸³⁵

Por ello, es importante que tengamos en cuenta que, jurisprudencia no equivale a doctrina jurisprudencial y, además, una y otra, se distingue del precedente.⁸³⁶ En ese sentido, la jurisprudencia a diferencia del precedente no se constituye con una sola decisión, sino que exige una serie concordante de decisiones.⁸³⁷

En el *civil law* se habla de jurisprudencia para referirse al conjunto de sentencias judiciales. Empero, contra lo que se suele pensar, cuando se habla de jurisprudencia se ve «a las sentencias no solo como meros documentos en los que se declara el derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes de los correspondientes procesos judiciales), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas generales».⁸³⁸ Estas normas generales son el resultado de la reiteración de un mismo criterio en diversas decisiones. A partir de ello, se suele hablar de «línea jurisprudencial» en lugar de precedente.⁸³⁹

⁸³³ CARDOZO, 2004: 61.

⁸³⁴ *Ibid idem*.

⁸³⁵ NIETO, 2001: 103.

⁸³⁶ *Ibid idem*.

⁸³⁷ NINO, 2007: 152.

⁸³⁸ AGUILO, 2000: 114-115.

⁸³⁹ *Ibid*: 115.

Cuando el conjunto de sentencias judiciales está conformado por las decisiones de las cortes de vértice, las normas generales que se extraigan de ellas son consideradas como «jurisprudencia obligatoria», pues a estos altos tribunales se les confiere poder, no solo para ser la instancia de cierre del sistema de justicia, sino también, para unificar la doctrina jurisprudencial.⁸⁴⁰

Así, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que «la noción de jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad».⁸⁴¹ Asimismo, ha precisado el TC que, su jurisprudencia constituye la doctrina que desarrolla en los distintos ámbitos del derecho, como consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.⁸⁴²

De acuerdo con el TC, no existiría distinción alguna entre las nociones de jurisprudencia y doctrina jurisprudencial, pues ambas estarían relacionadas a un determinado conjunto de sus decisiones, en las que –obviamente– se ha reiterado un mismo criterio. Sin embargo, de este conjunto de decisiones se pueden inferir o extraer proposiciones jurídicas, de tal manera que, la llamada doctrina jurisprudencial no es más que una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias.⁸⁴³ Debido a ello, «confundir jurisprudencia y doctrina jurisprudencial es confundir el continente con el contenido».⁸⁴⁴

Precisamente, un lugar bastante común en la doctrina nacional ha sido vincular la noción de doctrina jurisprudencial con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, específicamente, con el siguiente enunciado: «los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

⁸⁴⁰ *Ibid ídem.*

⁸⁴¹ STC N° 0024-2003-AI.

⁸⁴² STC N° 03741-2004-AA, F. J. 42.

⁸⁴³ NIETO, 2001: 104.

⁸⁴⁴ *Ibid ídem.*

Ahora bien, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no establece de forma expresa la llamada doctrina jurisprudencial, esta figura jurídica ha sido implementada por el TC a través de sus pronunciamientos. En ese sentido, en la STC N° 4853-2004-PA (Caso “*Dirección Regional de Pesquería de la Libertad*”), el TC precisa que por doctrina constitucional debe entenderse: (a) sus interpretaciones de la Constitución, realizadas en el marco de su actuación a través de los procesos de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; (b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad; c) las anulaciones de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución, a través de las sentencias interpretativas. Así, para el TC constituyen doctrina jurisprudencial «*sus interpretaciones de la Constitución, realizadas en el marco de su actuación a través de los procesos de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales*». ⁸⁴⁵

A partir de ello, qué duda cabe, que los precedentes vinculantes a los que se hace alusión en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, pueden ser catalogados como doctrina jurisprudencial, en la medida que dichos precedentes son el resultado de la actividad interpretativa del TC. En otras palabras, el contenido de los precedentes constitucionales no puede ser otra cosa más que las interpretaciones de la Constitución que realiza el TC.

Sobre la doctrina jurisprudencial se ha dicho que resalta de modo especial la función institucional de la jurisprudencia, esto es, «la de proveer a la sociedad de criterios, orientaciones y principios que sirvan para crear la regla que lleva a la solución de casos, de manera que en el futuro los poderes públicos y ciudadanos puedan contar con tales elementos que no hacen sino complementar el ordenamiento jurídico». ⁸⁴⁶ En este mismo orden de ideas, se sostiene que la doctrina jurisprudencial «está constituida por aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal Constitucional y cuyo reconocimiento generalmente (aunque no de modo exclusivo) suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos». ⁸⁴⁷ De acuerdo con esto «la doctrina constitucional sentada por el

⁸⁴⁵ STC N° 4853-2004-PA, F. J. 15.

⁸⁴⁶ ADRIÁN, 2007: 120.

⁸⁴⁷ SÁENZ, 2014: 41.

Tribunal a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la jurisdicción constitucional».⁸⁴⁸

Bajo este marco, se pueden efectuar dos observaciones muy importantes a la construcción de la llamada doctrina jurisprudencial a partir del texto del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: en primer lugar, la doctrina jurisprudencial, al igual que el precedente constitucional, permite al TC establecer reglas vinculantes para la solución de casos posteriores; en segundo lugar, concebir a la doctrina jurisprudencial como el resultado de un «conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales», trae consigo la asimilación de dicha figura a nuestra clásica noción de jurisprudencia.⁸⁴⁹

6.2. Génesis del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

En el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se establece que «los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

Este texto normativo no es obra de la creatividad de nuestro legislador, sino el resultado de una práctica cotidiana a la hora de legislar: el recurso al trasplante legal como técnica legislativa a fin de importar disposiciones normativas de sistemas jurídicos foráneos.

⁸⁴⁸ GRÁNDEZ, 2007: 94-95.

⁸⁴⁹ INDACOCHA señala que la llamada «doctrina jurisprudencial» regulada en el Artículo VI del Código Procesal Constitucional peruano, el cual dispone la vinculación de los jueces a la interpretación de los preceptos constitucionales «que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional», en lo que parece una referencia a una **pluralidad** de sentencias de las cuales se desprendería una interpretación común. Desde esta perspectiva, la expresión «doctrina jurisprudencial» no podría utilizarse para hacer referencia a una única sentencia constitucional, sino a una pluralidad de ellas, de las que se pueda desprender –por reiteración– determinada interpretación común de los preceptos y principios constitucionales (2015: 317).

De ahí que lo previsto en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es idéntico a lo previsto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, cuyo texto es el siguiente: «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Analizando el artículo 5.1 de la LOPJ español, se ha dicho que esta disposición normativa no trata de regular la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos, sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquellos a los que el fallo afecte por extensión, es decir, el artículo 5.1 de la LOPJ consagra el precedente constitucional.⁸⁵⁰ Pero, se sostiene también, que este dispositivo proyecta sobre los jueces ordinarios el mandato de interpretación conforme, de manera que ningún juez español puede dar a un enunciado normativo una interpretación que se desvíe de la interpretación conforme que ha fijado el Tribunal Constitucional en sus decisiones.⁸⁵¹

A juicio de FERRERES, dentro de este supuesto general de *interpretaciones de conformidad*, se engloba, tres modalidades: «a) interpretación que se lleva al fallo; b) interpretación que se explicita en los razonamientos, pero no se lleva al fallo; y c) interpretación que está implícita en los razonamientos (interpretación *encubierta*), en los que el Tribunal Constitucional da por sentado que la disposición enjuiciada no quiere decir cierta cosa, porque si lo dijera sería inconstitucional».⁸⁵² En estos tres casos, para nuestro autor «se produce doctrina vinculante para todos los jueces, pues la doctrina vinculante de la que habla el artículo 5.1 de la LOPJ es la que establece el Tribunal Constitucional “al interpretar la Constitución” y tal doctrina no tiene por qué aparecer necesariamente en el fallo»,⁸⁵³ pues lo natural es que aparezca en los razonamientos, y que lo que se lleve al fallo sea una de las posibles consecuencias de aplicar esa doctrina a la ley o norma infraconstitucional que ha sido objeto de examen.⁸⁵⁴

⁸⁵⁰ XIOL, 2005: 58.

⁸⁵¹ FERRERES, 2010: 471-472.

⁸⁵² *Ibid*: 472.

⁸⁵³ *Ibid idem*.

⁸⁵⁴ *Ibid idem*.

Por ello, el valor normativo de la jurisprudencia constitucional no se refiere a los fallos de las decisiones del TC, sino a las interpretaciones que, en puridad, solo resultan de la fundamentación jurídica.⁸⁵⁵

De otro lado, se ha dicho que, con el artículo 5.1 de la LOPJ se «viene a equiparar a la doctrina del Tribunal Constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria, pues en cuanto exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución los tribunales habrán de interpretar éste según aquella».⁸⁵⁶

En tanto que, para ALONSO, la inexistencia de una tradición para seguir decisiones anteriores ha motivado en el ordenamiento jurídico español «una absoluta confusión entre lo que debe ser considerado realmente doctrina, es decir, jurisprudencia constitucional de valor vinculante para los Tribunales Ordinarios conforme al artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la simple repetición mecánica por los Tribunales Ordinarios de frases, sin análisis de los hechos, ni de su auténtico valor normativo, sobre la base de extraer puras citas literales del contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional que, por su absoluta desconexión lógica tanto con los hechos como con el conjunto del razonamiento, se constituyen en una especie de leyes abstractas sin sentido alguno».⁸⁵⁷

En este contexto, resulta que no solo hemos importado el texto del artículo 5.1 de la LOPJ español, sino además, el discurso montado alrededor de dicha disposición normativa, especialmente la noción de *doctrina jurisprudencial o doctrina constitucional*, y al mismo tiempo, hemos silenciado aquellas voces que, interpretando artículo 5.1 de la LOPJ, sostienen que a través de este dispositivo se introdujo en el ordenamiento jurídico español al precedente constitucional.

Esta miopía, es consecuencia, en parte, del afán de distinguir el precedente constitucional -previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- del mandato de interpretación conforme -previsto en el tercer párrafo del artículo VI del mismo Código-, en el que se ha visto envuelto el TC y la doctrina nacional.

⁸⁵⁵ GASCÓN, 1994: 75.

⁸⁵⁶ OTTO, 1995: 296.

⁸⁵⁷ ALONSO, 1988: 178.

6.3. Fundamentos para una nueva interpretación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

En virtud al tercer párrafo del artículo VI del del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley así como los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales que resulte de las decisiones del Tribunal Constitucional. Esta disposición normativa, puede entenderse, al menos, en los dos sentidos interpretativos siguientes:

- (i) Los jueces deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley así como los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, que resulte de *una* decisión del Tribunal Constitucional.
- (ii) Los jueces deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley así como los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, que resulte de *dos o más* decisiones del Tribunal Constitucional.

Así, los preceptos y principios que deben observar los jueces en su labor interpretativa, pueden ser deducidos de una o más decisiones del TC y, a partir de ello, la llamada «doctrina constitucional», o sea las proposiciones jurídicas afirmadas en las decisiones del TC, también pueden ser deducidas del contenido del precedente constitucional. Siendo así, la distinción entre el precedente constitucional y el mandato de interpretación conforme, teóricamente, carecería de fundamento y, en plano práctico, su utilidad sería completamente superficial.

Ahora, si como dice el supremo intérprete de la Constitución, «la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*)»,⁸⁵⁸ y «la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido

⁸⁵⁸ STC N° 6167-2005-PHC, F. J. 2.

artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional»,⁸⁵⁹ entonces en esta disposición se regula sin más al precedente constitucional y no, como considera el TC, a una figura autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante regulado en el artículo VII del Título Preliminar del mencionado Código. Esto último, en la medida que el precedente es concebido como una decisión judicial que contiene en sí misma una norma general –*léase preceptos o principios*–, que forma su elemento de autoridad y que no es otra cosa más que la *ratio decidendi*.

Para el TC «tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto».⁸⁶⁰ De esta afirmación del Tribunal se desprende que, por un lado, aquello que el Tribunal denomina jurisprudencia o doctrina constitucional, indistintamente, y el precedente constitucional tienen efectos vinculantes *erga omnes*; por el otro, el precedente exterioriza el ejercicio de un poder normativo general al poderse extraer de su contenido una norma a partir de un caso particular.

A partir de considerar que por medio del precedente el TC ejerce una potestad normativa general, se ha sostenido que en el marco del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* deviene en innecesaria, así la «norma» fijada como precedente puede ser uno u otro argumento, ya que el TC sería una especie de «legislador jurisprudencial».⁸⁶¹ Sin embargo, se considera al mismo tiempo que, para determinar el extremo vinculante de lo regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es necesaria la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, debido a que solo la *ratio decidendi* puede constituir el extremo vinculante de una decisión anterior.

En efecto, solo la *ratio decidendi* de un caso anterior puede tener efectos vinculantes más allá del caso concreto. De manera que, las «reglas vinculantes» creadas

⁸⁵⁹ *Ibid idem*.

⁸⁶⁰ STC N° 03741-2004-AA, F. J. 43.

⁸⁶¹ *Vid.* GRÁNDEZ, 2008: 93.

y extraídas al amparo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, también son normas generales creadas a partir de un caso particular, toda vez que la *ratio decidendi* es, justamente, la norma general creada para decidir un caso concreto, con lo cual resulta que aquí también el TC ejerce un poder normativo general, en la medida que extiende los efectos de sus decisiones sobrepasando los límites de una controversia particular.

6.4. La importancia de los hechos en la creación, determinación y aplicación del precedente vinculante. Hacia una nueva interpretación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El precedente –como dice TARUFFO– es siempre una decisión relativa a un caso concreto, en el que existe la necesidad de que el significado de la disposición normativa utilizada como criterio de decisión se concrete para referirse a la solución del caso concreto. A raíz de ello, la inteligibilidad del precedente está condicionada a que la interpretación de la disposición que se aplicó, esté directamente relacionada con el caso específicamente decidido.⁸⁶²

En otras palabras, la correlación entre el precedente y la disposición normativa que se intenta interpretar implica, por un lado, que dicha norma se lea a la luz de su aplicación actual o posible al caso concreto y; por otro, que la decisión tomada en el caso anterior pueda desplegar, de alguna manera, efectos prescriptivos o normativos sobre la decisión del próximo caso solo a condición de que pueda derivarse del precedente una regla aplicable a otros casos.⁸⁶³

Así, detrás de la obligación de seguir decisiones anteriores, qué duda cabe, subyace la idea de que dichas decisiones resuelvan casos particulares, es decir, que las normas generales creadas por los jueces sean el resultado de una actividad típicamente decisoria, y que como tal, resuelvan casos concretos.⁸⁶⁴

⁸⁶² TARUFFO, 2007: 710.

⁸⁶³ *Ibid idem*.

⁸⁶⁴ En ese sentido, no puede hablarse de precedente judicial ni constitucional cuando los criterios que se pretenden imponer verticalmente, han sido construidos en una reunión de los miembros de las cortes vértice convocada para unificar criterios al margen de la solución de un caso particular. Es más, en este caso habría que preguntarse si ¿dichas cortes tienen legitimidad para sentar criterios vinculantes elaborados en actos no jurisdiccionales?

De esta manera, es forzoso que exista una vinculación entre el precedente y los hechos del caso concreto, pues solo así lo regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional podrá ser catalogado como precedente.

Recordemos que es a partir de la relación que existe entre la regla creada como precedente y los hechos del caso particular, que tiene utilidad la distinción entre *ratio decidendi* u *obiter dicta*, pues se entiende sin mayores reparos que solo la *ratio decidendi* de un caso anterior puede vincular al juez del caso posterior.⁸⁶⁵ Así, si postulamos la idea de que a través del precedente constitucional el TC puede crear reglas vinculantes de manera abstracta, sin importar si se trata de una *ratio* o de un *dictum*, entonces todo lo considerado en la decisión anterior identificado como precedente por el TC, será potencialmente vinculante, quedando librada a la absoluta discrecionalidad del TC indicar cuáles son los extremos vinculantes de su decisión, los mismos que, eventualmente, podrían comprender a la decisión en su conjunto. Pero, junto a ello tendríamos que dejar de lado el texto del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, pues si queremos tomar en serio la noción de precedente que subyace a dicha disposición normativa, distinguir la *ratio decidendi* de los *obiter dicta* es una estrategia de la que no podemos prescindir.

Por ello, es necesario reivindicar el concepto de *ratio decidendi* en la interpretación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, puesto que la *ratio decidendi* desencadena la obligación de seguir decisiones anteriores al ser la única parte de las mismas que puede vincular en la toma de decisiones posteriores. Justamente aquí es donde entran a tallar los hechos, puesto que la distinción entre *ratio decidendi* u *obiter dicta* tendrá lugar si la norma general fijada como regla vinculante es la *ratio decidendi* construida a la luz de los hechos del caso concreto.

En ese sentido, la expresión «*precisando el extremo de su efecto normativo*» no puede interpretarse como una facultad del TC para fijar cualquier parte de su decisión como norma general aplicable a la solución de casos posteriores, puesto que dicha

⁸⁶⁵ Cfr. DUXBURY, 2008: 78.

expresión, pone de manifiesto que corresponde al TC identificar la *ratio decidendi* de sus decisiones que constituyen precedentes.⁸⁶⁶

Ahora bien, como hemos visto, en el *common law* no existe consenso en cuanto al método que debe emplearse para la determinación de la *ratio decidendi*. Ello a pesar que, pacíficamente, se entiende que aquello que es vinculante de una decisión judicial es la *ratio decidendi*.

Los problemas relativos a la identificación de la *ratio decidendi*, como subraya NÚÑEZ, pueden ser: problemas de interpretación del precedente en sentido estricto y problemas de interpretación del precedente en sentido amplio. Así, en el caso de la interpretación del precedente en sentido estricto, el primer problema en la determinación de la *ratio decidendi* es la interpretación de las decisiones judiciales, aquí la cuestión consiste en identificar qué parte de la decisión constituyen la *ratio decidendi* y cuáles son parte del *obiter dicta*, pero eso no es todo, sino que además surge el problema del valor que debe atribuirse a la declaración del órgano jurisdiccional sobre cuál es la *ratio decidendi* de su decisión. En segundo lugar, la *ratio decidendi* no está formulada en términos normativos sino que aparece como una explicación de la decisión, dificultando con ello su identificación, pues no resulta nada sencillo determinar la *ratio decidendi* formulada en términos descriptivos.⁸⁶⁷ En tercer lugar, la interpretación de los enunciados que aparecen en una decisión jurisdiccional pueden ser susceptibles de diferentes interpretaciones, esto último por las mismas razones por las que es posible atribuir diferentes significados a los enunciados normativos de las disposiciones normativas. Finalmente, y este es el cuarto problema, el juez del caso posterior va ajustar la atribución de significado de la decisión anterior atendiendo a las consecuencias que tal interpretación produzca en el caso a resolver.⁸⁶⁸

En el caso de la interpretación del precedente en sentido amplio, nuestro autor identifica los siguientes problemas: en primer lugar, si el fundamento para seguir

⁸⁶⁶ La atribución que tiene el TC de identificar la *ratio decidendi* de sus decisiones precedentes, no parece ser extraña a la práctica de las Cortes del *common law*, ya que –como dice SCHAUER–, «en la mayoría de los casos, el tribunal precedente no solo nos da los hechos y la solución, o conclusión, sino también nos dice *por qué* llegó a esa conclusión. En otras palabras, la cuestión no requiere tanto que extraigamos el *ratio decidendi* de un caso como que, simplemente, leamos lo que el tribunal dijo a su respecto... En algunas ocasiones un tribunal aún se muestra claro y dirá simplemente cuál es la regla» (2013: 67-68).

⁸⁶⁷ NÚÑEZ, 2016:143.

⁸⁶⁸ NÚÑEZ, 2016:144.

decisiones anteriores reposa en los principios de igualdad y seguridad jurídica, entonces lo relevante es determinar qué norma ha sido utilizada para decidir la controversia, mas no la norma presentada como justificación de la decisión; en segundo lugar, es posible que en la decisión anterior se mencionen únicamente las disposiciones normativas sin especificar cómo han sido interpretadas; en tercer lugar, es factible que en la decisión anterior se haya considerado diferentes disposiciones y/o diferentes normas como contribuyentes para la decisión, dificultando así la identificación de cuáles son los factores necesarios y suficientes de la regla aplicada; en cuarto lugar, es probable que una decisión contenga votos concurrentes en apoyo de la decisión tomada pero que estén fundamentadas de manera diferente; por último, en el caso de ponderación entre principios jurídicos, es posible que se señalen los principios y razones que han sido tomados en cuenta, pero que no se especifique la regla obtenida como consecuencia de tal ponderación, por ende, qué regla es la que se está aplicando.⁸⁶⁹

De ahí que no existe una sola forma de describir lo que aconteció en un caso particular, con lo cual la necesidad de identificar con cierto grado de precisión lo que constituye la *ratio decidendi* exige, en un ordenamiento como el nuestro, que se adopten medidas que permitan al precedente cumplir las funciones que está llamado a cumplir.

Por eso, como precisa MONROY, la adopción del precedente vinculante en nuestro sistema jurídico no podía hacerse de manera irreflexiva y a-contextual; había que estudiar nuestros propios límites⁸⁷⁰ y, a partir de ellos, asumir que debía ser el propio TC quien desarrolle y proponga la regla de derecho vinculante extraída del caso que ha resuelto;⁸⁷¹ esto es, que sea el propio TC el encargado de identificar la *ratio decidendi* de sus decisiones que constituyen precedentes.

Así, la determinación de la *ratio decidendi* es una labor que no concierne al juez del caso posterior, como sucede en el *common law*, sino al órgano jurisdiccional autorizado por nuestro ordenamiento para crear precedentes. Con ello se evitan, en gran medida, los problemas inherentes a la determinación de la *ratio decidendi*, por un lado y, por el otro, se hace frente a la desconfianza en el juez ordinario.

⁸⁶⁹ NÚÑEZ, 2016: 144-146.

⁸⁷⁰ *Vid.* DYER, 2015: 348.

⁸⁷¹ MONROY, 2007: 33-34.

Por eso, la diferencia más importante entre el precedente vinculante regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y el precedente judicial de los sistemas jurídicos del *common law*, reposa en la potestad que tiene el TC de señalar expresamente en sus decisiones si estas constituyen precedente vinculante y de precisar cuál es el extremo normativo de los mismos. Vale decir, el legislador nacional ha optado por «un sistema según el cual el Tribunal Constitucional debe explicitar qué parte de su sentencia constituye precedente vinculante y, en consecuencia, cuenta con efecto normativo».⁸⁷²

Siendo así, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no se otorga al TC un pretexto para legislar al margen de los hechos del caso concreto o para fijar reglas vinculantes que no guarden relación alguna con la razón fundamental de lo decidido, esto es, que sean meros *obiter dicta* de cara a los hechos del caso particular. Lo verdaderamente regulado en esta disposición es un tipo de precedente en el que corresponde a su creador determinar la *ratio decidendi*; esto último solo será posible si el TC trabaja con los hechos del caso concreto, ya que la distinción entre *ratio decidendi* u *obiter dicta* gira entorno a los hechos que configuran el caso particular.

A partir de ello, no solo tomaremos en serio la noción de precedente, sino que además abriremos las puertas a la posibilidad de recurrir a aquellas figuras del *common law* que hacen posible la aplicación y superación racional del precedente. En otras palabras, trabajar con los hechos del caso en la creación del precedente nos permitirá, por un lado, recurrir al *distinguishing* cuando existan elementos sumamente importantes en el caso a resolverse que lo hagan distinto al caso anterior o, por otro, acudir a la técnica del *overruling* cuando exista la necesidad de sentar un nuevo precedente, a pesar de que existe un criterio sentado en un caso anterior que debería ser aplicado al caso actual, por ser los hechos de ambos casos sustancialmente similares.

Vale decir, que en tanto no trabajemos con los hechos del caso particular en la creación y determinación del precedente, resulta absurdo hablar de la posibilidad de diferenciar entre *ratio decidendi* u *obiter dicta*, así como de la técnica de la *distinción*, toda vez que la diferencia entre estos argumentos pasa por la importancia que tienen

⁸⁷² Vid. Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 09371: Código Procesal Constitucional.

para justificar la decisión adoptada frente a determinados hechos, y solo se pueden distinguir los hechos del caso anterior, o sea, los hechos del caso en el que se creó el precedente, con los hechos del caso a resolverse, y esta tiene alguna utilidad cuando la *ratio decidendi* es identificada como el extremo normativo. Sucede lo mismo, por cierto, en el caso de la técnica del *overruling*.

De acuerdo con esto, salvo que se pretenda reconocer al TC la potestad de legislar en los mismos términos que el Congreso, esto es, sin ninguna limitación en la apreciación de la situación general, de manera absolutamente abstracta, prescindiendo completamente de los hechos del caso particular; la distinción entre lo previsto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y el precedente constitucional, se reduce a que en el caso del precedente constitucional, es el TC el encargado de señalar qué decisión suya constituye precedente y qué extremo de la misma es vinculante.

Por tanto, a la luz del Código Procesal Constitucional en nuestro ordenamiento conviven dos modelos de precedente constitucional: (i) Uno en el que el juez o tribunal del caso posterior debe determinar cuál de las decisiones del supremo intérprete de la Constitución constituyen precedente vinculante y cuál es el extremo vinculante del mismo (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y (ii) otro en el que corresponde al propio Tribunal Constitucional identificar cuál de sus decisiones constituye precedente vinculante y cuál es el extremo vinculante del mismo (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).



CONCLUSIONES

PRIMERA: el precedente es una norma general creada para resolver un caso concreto; sirve para decidir casos posteriores cuyos hechos sean similares a los hechos del caso anterior y planteen las mismas cuestiones jurídicas.

SEGUNDA: la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es un componente sustancial de la doctrina del precedente, puesto que solo la *ratio decidendi* de un caso anterior puede constituir precedente.

TERCERA: el extremo vinculante de una decisión anterior construida al margen de los hechos del caso particular no puede ser catalogado como precedente. esto en la medida que la *ratio decidendi* es determinada a partir de los hechos del caso concreto, pues la *ratio decidendi* no es otra cosa más que la respuesta construida para solucionar un determinado problema fáctico con relevancia jurídica y no una solución abstracta que prescinda de los hechos del caso concreto.

CUARTA: la aplicación y/o inaplicación del precedente a un caso concreto se determina a partir del análisis comparativo entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso posterior, de modo que si los hechos relevantes de este último son sustancialmente similares a los hechos del caso previo, el juez deberá de seguir el precedente; en tanto que si los hechos son distintos, podrá distinguir un caso del otro e inaplicar el precedente.

QUINTA: el *distinguishing* requiere para su aplicación que los precedentes sean creados en el contexto de un caso concreto, ya que sin hechos concretos no puede haber comparación, y sin comparación no puede haber *distinción*.

SEXTA: la aplicación de la técnica del *overruling* guarda estrecha relación con los hechos del caso que sirvieron como base para la creación del precedente, pues nos encontramos frente a casos materialmente idénticos que son decididos de forma diferente, es decir, cuando los jueces anulan o revocan un precedente no solo se niegan a seguirlo sino, además, declaran que se debe adoptar una nueva decisión respecto a hechos materialmente idénticos.

SEPTIMA: el carácter general de la norma creada en el caso precedente no implica la creación en abstracto de dicha norma, esto es, dejando de lado los hechos del caso, sino que es a partir de los hechos del caso concreto que el juez puede realizar generalizaciones y crear una regla aplicable a otros casos.

OCTAVA: la potestad que tiene el Tribunal Constitucional para crear precedentes vinculantes, se ejerce en el marco del ejercicio del poder jurisdiccional que le otorga la Constitución, de tal forma que cuando crea sus precedentes no solo debe crearlos en el contexto de un caso particular, sino que además la norma fijada como vinculante, tiene que ser necesaria para resolver el caso, pues solo así se garantizará la racionalidad del precedente.

NOVENA: reivindicado el papel de los hechos del caso particular en la formación e identificación del precedente, queda claro que en los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se regulan dos modelos de precedente constitucional: uno en el que el juez o tribunal del caso posterior debe determinar cuál de las decisiones del supremo intérprete de la Constitución constituyen precedente vinculante y cuál es el extremo vinculante del mismo y; otro, en el que corresponde al propio Tribunal Constitucional identificar cuál de sus decisiones constituye precedente vinculante y cuál es el extremo vinculante del mismo.



BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, S., 2008: «El precedente en el derecho procesal constitucional peruano. Una indispensable fuente de derecho», en *Jus Constitucional*, Núm. 1.
- ADRIÁN CORIPUNA, J., 2007: «La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como limite al principio de independencia judicial», en CARPIO, E., y GRÁNDEZ, P. (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- ÁGUILO J., 2004: *La Constitución del Estado constitucional*, Lima: Palestra Editores.
- _____. 2000: *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 1ª edición, Barcelona: Ariel.
- AHUMADA RUIZ M. . 2000: “La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Núm. 58.
- AKANMIDU, R., 2001: «The morality of precedent in law», *Ratio Juris*, Vol. 14, Núm. 2.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 2006: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimposición, Buenos Aires: Astrea.
- ALEXANDER, L., 1989: «Constrained by precedent», en *Southern California Law Review*, Vol. 63.
- _____. 2015: «La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y virtudes», trad. de R. Camarena, en BERNAL C., y BUSTAMANTE, T. (Eds.), *Fundamentos filosóficos del precedente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ALEXANDER, L., y SHERWIN, E., 2008a: «Judges as Rule Makers», en EDLIN, D. E. (Edited), *Common law theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. 2008b: *Demystifying legal reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. 2010: «Los jueces como creadores de reglas», trad. de Sandra Gómora Juárez, en *Problema: anuario de filosofía y teoría del derecho*, Núm. 4.
- ALEXY, R., 2007: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- ALONSO GARCÍA, E., 1988: «La jurisprudencia constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 1 (Septiembre-Diciembre).
- ÁLVAREZ CONDE, E., 2003: *Curso de derecho constitucional*, Vol. I, 4ª edición, Madrid: Tecnos.
- AMAR, A. R., 2008: «On Text and Precedent», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 31, Núm. 3.
- ARAGÓN REYES, M., 1997: «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 1.
- _____. 2013: *Estudios de derecho constitucional*, 3ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. 2007: «Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 8.
- _____. 1986: «La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6. Núm. 17.

- ARIANO DEHO, E., 2006: «Precedente Vinculantes y Pirámide Normativa», en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Núm. 96.
- ASCARELLI, T., 2011: «Jurisprudencia constitucional y teoría de la interpretación», trad. de Alberto Puppo, en POZZOLO, S., y ESCUDERO, R. (Eds.), *Disposición vs Norma*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- ASÍS ROIG, R., 1995: *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 1994: «Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial», en *Doxa*, Núm. 15-16.
- ATIENZA, M., 2003: «Argumentación jurídica y Estado constitucional», en *Anales de Jurisprudencia*, Nº 261.
- _____. 2006: *Las razones del derecho*, 2ª edición (1ª reimpresión), Lima: Palestra Editores.
- ÁVILA, H., 2012: *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid: Marcial Pons.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 1997: *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid: Tecnos.
- BARBERIS, M., 2008: *Ética para juristas*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid: Trotta.
- BARKER, R. S., 2014: *El precedente y su significado en el derecho constitucional de los Estados Unidos*, Lima: Editora Jurídica Grijley.
- BARRET, A. C., 2013: «Precedent and jurisprudential disagreement», en *Texas Law Review*, Vol. 91, Núm. 7.
- BELLAMY, R., 2010: *Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, trad. de Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz, Madrid: Marcial Pons.
- BERNAL PULIDO, C., 2008: *El derecho de los derechos*, 1ª edición (5ª reimpresión), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BLACKSTONE, W. T., 1976: «Justice and Legal Reasoning», en *William & Mary Law Review*, Vol. 18.
- BLUME FORTINI, E., 1996: «El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la constitución», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Núm. 50.
- BRUNCKEN, E., 1920: «The common law and statutes», en *The Yale Law Journal*, Vol. 29, Núm. 5.
- BURTON, S. J., 2014: «The conflict between stare decisis and overruling in constitutional adjudication», en *Cardozo Law Review*, Vol. 35.
- BUSTAMANTE, T., 2016: *Teoría del precedente judicial*, trad. de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, 1ª edición, Lima: Ediciones Legales.
- CÁCERES NIETO, E., 2000a: *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, 1ª edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- _____. 2000b: *Lenguaje y Derecho: las normas jurídicas como sistema de enunciados*, 1ª edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CAPPELLETTI, M., 1986: «Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, Núm. 17.
- CARDOZO, B. N., 2004: *La naturaleza de la función judicial*, trad. de Eduardo Posada, Granada: Editorial Comares.
- CARPIO MARCOS, E., 2015: «El rol del Tribunal Constitucional. Balances, problemas y perspectivas a partir de un precedente», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Núm. 8, Nueva Época.
- CASTILLO CÓRDOBA, L., 2008b: «La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional», en CASTILLO ALVA, J. L., y CASTILLO CÓRDOBA, L., *El precedente judicial y el precedente constitucional*, 1ª edición, Lima: Ara Editores.
- CASTILLO CÓRDOBA, L., 2008a: «Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano», en *Jus Constitucional*, Núm. 1.
- _____. 2015: *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, 2ª edición, Lima: Gaceta Jurídica.
- _____. 2016: «Validez y eficacia de los precedentes vinculantes», en *Gaceta Constitucional*, Núm. 97.
- CHIASSONI, P., 2012: *Desencantos para abogados realistas*, 1ª edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. 2005: «Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto», en P. Comanducci/R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2004: Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli.
- COMANDUCCI, P., 2007: *Constitución y teoría del derecho*, 1ª edición, México: Fontamara.
- _____. 2010: *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, 1ª edición, Lima: Ara Editores.
- COX, A., 1987: «The role of the Supreme Court: judicial activism or self-restraint?» en *Maryland Law Review*, Vol. 47.
- CRISAFULLI, V., 2011: «Disposición (y norma)», trad. de Mar Fernández Pérez, en POZZOLO, S., y ESCUDERO, R. (Eds.), *Disposición vs Norma*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- CROSS, R., y HARRIS, J. W., 2012: *El precedente en el Derecho inglés*, trad. de Mª Angélica Pulido, 1ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- DAINOW, J., 1966: «The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, Núm. 3.
- DAVID, R., 2010: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Jorge Sánchez Cordero. 11ª edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- DE CABO MARTÍN, C., 2000: *Sobre el concepto de ley*, Madrid: Trotta.
- DELGADO SUÁREZ, C., 2012: «Aproximaçã o aos precedentes constitucionais no Peru. Establecimiento de precedentes e eficacia temporal. Revogaçã o e overruling», en *Revista de Processo*, Año 37, Vol. 205.

- DEUTSCH, J. G., 1974: «Precedent and adjudication», en *The Yale Law Journal*, Vol. 83, Núm. 8.
- DIDIER JR., F., SARNO BRAGA, P., y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, R., 2015: *Curso de direito processual civil*, 10ª edición, Salvador-Bahía: Editora Juspodivm.
- DONAYRE MONTESINOS, C., 2007: «Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional», en *Justicia Constitucional*, Año III, Núm. 5.
- DUGUIT, L., 1996: *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. de Pablo Pérez Tremps, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DUXBURY, N., 2008: *The nature and authority of precedent* Cambridge: Cambridge University Press.
- DWORKIN, R., 2008: *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa.
- DYER CRUZADO, E., 2015: *Precedente constitucional. Análisis cultural del derecho*, Lima: Ara Editores.
- DYZENHAUS, D., y TAGGART, M., 2008: «Reasoned decisions and legal theory», en EDLIN, D. E. (Edited), *Common law theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- EGUIGUREN PRAELI, F. J., 1999: *¿Qué hacer con el sistema de justicia?*, 1ª edición, Lima: Agenda.
- EISENBERG, M. A., 1988: *The nature of the Common Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- _____. «The principles of legal reasoning in the common law», en EDLIN, D. E. (Edited), *Common law theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ESPINOZA SALDAÑA, E., 2006: «El precedente constitucional: Sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana», en *Estudios Constitucionales*, Vol. 4, Núm. 1.
- FALCÓN TELLA, M. J., 2010: *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid: Marcial Pons.
- FALLON JR., R. H., 2001: «Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology», en *New York University Law Review*, Vol. 76, Núm. 2.
- FARBER D. . 2006: “The rule of law and the law of precedents” en *Minnesota Law Review*, Vol. 90, Núm. 5.
- FARNSWORTH, E. A., 1996: *An introduction to the legal system of the United States*, 3rd ed., New York: Oceana Publications.
- FERRAJOLI, L., 2009: «Pasado y futuro del Estado de derecho», trad. de Pilar Allegue, en CARBONELL, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid: Trotta.
- _____. 2011a: *Principia iuris: teoría del derecho y la democracia*, Vol. 1 (teoría del derecho), trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Trotta.
- _____. 2011b: *Principia iuris: teoría del derecho y la democracia*, Vol. 2 (teoría de la democracia), trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Trotta.

- FERRAZ JR, T. S., 2009: *Introducción al estudio del Derecho: técnica, decisión, dominación*, trad. de Javier El-Hage, Madrid: Marcial Pons.
- FERRERES COMELLA, V., 2012: *Justicia constitucional y democracia*, 2ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. 2009: «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Fundación Coloquio jurídico Europeo.
- _____. 2010: «El impacto de la sentencia sobre otros estatutos», en *Revista Catalana de Dret Public*, Año 2010, Número Extraordinario 1.
- FIORAVANTI, M., 2011: *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, 1ª edición (2ª reimpresión), Madrid: Trotta.
- _____. 2009: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, 6ª edición, Madrid: Trotta.
- FRANCIS, J. F., 1928: «Three cases on possession-some further observations», en *St. Louis Law Review*, Vol. 14.
- FRANK, J., 1956: «Civil Law influences on the Common Law-some reflections on “comparative” and “contrastive” law», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104. Núm. 7.
- GALGANO, F., 2000: *Atlas de derecho privado*, trad. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1988: *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Madrid: Thomson-Civitas.
- _____. 1997: «La democracia y el lugar de la ley», en *El derecho, la ley y el juez*, 1ª edición, Madrid: Civitas.
- GARCÍA MANRIQUE, R., 2012: *El valor de la seguridad jurídica*, 1ª edición, Madrid: Iustel.
- GARCÍA MÁYNEZ, E., 2008: *Introducción al estudio del derecho*, 60ª edición, México: Editorial Porrúa.
- GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., 2006: «La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación», en *Foro: nueva época*, Núm. 4.
- GARCÍA-PELAYO, M., 1981: «El “status” del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, Núm. 1.
- GARDNER, J., 2008: «Some types of law», en EDLIN, D. E. (Edited), *Common law theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GARRO, A. M., 1988: «Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8. Núm. 24.
- GARRORENA MORALES, A., 2011: *Derecho constitucional: teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARVEY ALGERO, M., 2005: «The source of law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation», en *Louisiana Law Review*, Vol. 65, Núm. 2.

- GASCÓN ABELLÁN, M., y GARCÍA FIGUEROA, A. J., 2005: *La argumentación en el derecho*, 2ª edición, Lima: Palestra Editores.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 1994: «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 41.
- _____. 1993: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid: Tecnos.
- GERHARDT, M. J., 2006: «Super precedent», en *Minnesota Law Review*, Núm. 90.
- _____. 2005: «The Limited Path Dependency of Precedent», en *Journal of Constitutional Law*, Vol. 7.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005: *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima: Palestra Editores.
- GOODHART, A. L., 1930a: «Case law in England and America», en *Cornell Law Quarterly*, Vol. XV, Núm. 2.
- _____. 1930b: «Determining the ratio of a case», en *Yale Law Journal*, Vol. 40.
- _____. 1959: «The ratio decidendi of a case», en *Modern Law Review*, Vol. 22, Núm. 2.
- GORLA, G., 1966: «Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia», en *Il Foro Italiano*, Año LXXXI, Vol. LXXXIX.
- GRÁNDEZ CASTRO, P., 2007a: «Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú», en CARPIO, E., y GRÁNDEZ, P. (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- _____. 2008: «Los precedentes del Tribunal Constitucional. Notas sobre su funcionamiento en nuestro sistema jurídico», en *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (2007-2008): Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, Núm. 6, Lima: Palestra Editores.
- _____. 2007b: «La justificación de la sentencia constitucional. Bases teóricas para la construcción de un modelo», Tesis presentada para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la PUCP, Lima.
- GRAY, J. C., 1921: *The Nature and Sources of the Law*, 2ª edición, New York: The Macmillan Company.
- GRIMM, D., 2006: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R., 2000: «La constitución como límite a la actividad legislativa», trad. de Andrea Greppi, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de la Casas*, Vol. 8.
- _____. 1999a: *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona: Gedisa.
- _____. 2014a: «El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo», trad. de Diego Moreno Cruz, en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 3.
- _____. 1999b: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 1ª edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- _____. 2014b: *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- _____. 2016b: *La sintaxis del derecho*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2016a: *Las fuentes del derecho*, trad. de César E. Moreno More y Luis Cárdenas Rodríguez, 1ª edición, Lima: Raguel.
- _____. 2010: *Nuevos estudios sobre la interpretación*, trad. de Diego Moreno Cruz, 1ª edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HÄBERLE, P., 2003: *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, 1ª edición, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HABERMAS, J., 2010: *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 6ª edición, Madrid: Trotta.
- HAMILTON, MADISON y JAY, 2010: *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª edición (tercera reimpresión), México: Fondo de Cultura Económica.
- HANNA, J., 1957: «The role of precedent in judicial decision», en *Villanova Law Review*, Vol. 2.
- HARDISTY, J., 1979: «Reflections on stare decisis», en *Indiana Law Journal*, Vol. 55.
- HART, H. L. A., 1995: *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, 2ª edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HELLMAN, D., 2013: «An epistemic defense of precedent», en CHRISTOPHER, J. P. (Ed.), *Precedent in the United States Supreme Court*, New York: Springer.
- _____. 1995: «The Importance of Appearing Principled», en *Arizona Law Review*, Vol. 37, Núm. 4.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2005: *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid: Marcial Pons.
- HESSE, K., 2012: *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ICARDI, A., 1949: «Las Cortes de Equidad en el sistema de la common law», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Núm. 9.
- INDACOCHEA PREVOST, U., 2015: «La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho», en *THEMIS: Revista de Derecho*, Núm. 67.
- ITURRALDE SESMA, V., 1995: *El precedente en el common law*, 1ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
- _____. 2014: *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid: Marcial Pons.
- KELSEN, H., 2011: *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid: Trotta.
- KNIFFIN, M. N., 1982: «Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals», en *Fordham Law Review*, Vol. 51.
- KOZEL, R. J., 2014: «The scope of precedent», en *Michigan Law Review*, Vol. 113.
- KRONMAN, A. T., 1990: «Precedent and tradition», en *The Yale Law Review*, Vol. 99.

- LAMOND, G., 2014: «Analogical Reasoning in the Common Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34.
- _____. «Do precedents create rules», en *Legal Theory*, Vol. 11, 2005, pp. 1-26.
- LANDA ARROYO, C., 2010a: «Los precedentes constitucionales: el caso del Perú», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 14.
- _____. 2010b: «Poder Judicial y Tribunal Constitucional: independencia y control de poderes», en *El Estado en debate: múltiples miradas*, 1ª edición, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD.
- _____. 2007: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 3ª edición, Lima: Palestra Editores.
- LAPORTA, F. J., 2009: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Fundación Coloquio jurídico Europeo.
- LEDERMAN, L., 1999: «Precedent Lost: Why Encourage Settlement, and Why Permit Non-Party Involvement in Settlements», en *Notre Dame Law Review*, Vol. 75.
- LEE, J., 2012: «The doctrine of precedent and the Supreme Court», en *Inner Temple Academic Fellow's Lecture*, disponible en https://www.innertemple.org.uk/downloads/-education/lectures/lecture_james_lee.pdf.
- LEE, T. R., 1999: «Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court», en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 52.
- LEN, L., 2004: *El sentido de la codificación Civil*, 1ª edición, Lima: Palestra editores.
- LEVI, E. H., 2005: *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Genaro R. Carrió, 1ª edición, México: Ediciones Coyoacán.
- LEVIN, H. Y., 2013: «A reliance approach to precedent», en *Georgia Law Review*, Vol. 47, Núm. 4.
- LIENDO TAGLE, F., 2012: *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*, 1ª edición, Lima: Ara Editores.
- LINARES, S., 2008: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid: Marcial Pons.
- LOBINGIER, C. S., 1946: «Precedent in past and present legal systems», en *Michigan Law Review*, Vol. 44, Núm. 6.
- LOEWENSTEIN, K., 1976: *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego, 2ª edición, Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ MEDINA, D., 2008: *Teoría impura del derecho*, 1ª edición (4ª reimp.), Bogotá: Legis.
- MACCORMICK, N., 2016: *Retórica y Estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- _____. 1999: «Retórica y Estado de Derecho», trad. de Isabel Lifante, en *Isegoría*, Núm. 21.
- BURIL, L., 2015: *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador: Jus Podicvm.
- _____. «Precedentes judiciais: como podemos sentir falta do que nunca tivemos», en *Justificando*, disponible en: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/06/osprecedentes-judiciais-no-cpc2015-ou-de-como-podemos-sentir-falta-do-que-nunca-tivemos/>.

- MAGALONI KERPEL, A. L., 2001: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, España: Mc Graw Hill.
- MALEM SEÑA, J., y SELEME, H., 2013: «Patologías de la división de poderes», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 36.
- MALTZ, E., 1988: «The nature of precedent», en *North Carolina Law Review*, Vol. 66.
- MARINONI, L., CRUZ ARENHART, S., y MITIDIERO, D., 2017: *Novo curso de processo civil*, 3ª edición (vol. 2), São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARINONI, L., 2013: *Precedentes obligatorios*, trad. de Christian Delgado Suárez, 1ª edición, Lima: Palestra editores.
- _____. 2007: *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. de Aldo Zela Villegas, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- _____. 2017: *La ética de los precedentes*, trad. de Laura Criado Sánchez, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- _____. 2015: *Cultura, unidad del derecho y Cortes Supremas*, trad. de Christian Delgado, Laura Criado y Renzo Cavani, 1ª edición, Lima: Raguel.
- MARKMAN, S. 2011: «Originalism and stare decisis», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 34, Núm. 1.
- MÁRQUEZ PIÑERO, R., 1994: *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, 1ª edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MCKEAN JR., F., 1928: «The Rule of Precedents», en *Pennsylvania Law Review*, Vol. 76, Núm. 5.
- MERRYMAN, J., 2001: *La tradición jurídica romana-canónica*, trad. de Eduardo L. Suarez, 2ª edición, México: Fondo de Cultura Económica.
- MITIDIERO, D., 2016a: «Dos modelos de cortes de vértice -Cortes Superiores y Cortes Supremas», trad. de Renzo Cavani, en TARUFFO, MARINONI y MITIDIERO (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2016b: *Precedentes. Da persuasão a vinculação*, São Paulo: Revista Dos Tribunais.
- MONROY GÁLVEZ, J., 2007: «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law», en *Revista electrónica Hechos de la Justicia*, N° 4, 2007.
- MONTERO AROCA, J., 2004: *Derecho jurisdiccional*, parte general (tomo I), 13ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MONTESQUIEU, 2010: *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévanez, 1ª edición, México: Editorial Porrúa.
- MONTROSE, J., 1957: «The ratio decidendi of case», en *The Modern Law Review*, Vol. 20.
- MORAL SORIANO, L., 2002: *El precedente judicial*, Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, J., y VILAJOSANA, J., 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- MORETTI, F., 2000: «El precedente judicial en el sistema inglés», en GALGANO, F., *Atlas de derecho privado*, trad. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

- MORINEAU IDUARTE, M., 2001: *Una introducción al Common Law*, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- _____. 2003: «Introducción al sistema de common law», en KURCZYN VILLALOBOS, P. (coord.), *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- NELSON, C., 2001: «Stare decisis and demonstrably erroneous precedents», en *Virginia Law Review*, Vol. 87, Núm. 1.
- NIETO, A., 2001: «Valor legal y alcance real de la jurisprudencia», en *Teoría y realidad constitucional*, Núms. 8 y 9.
- NINO, C. S., 2007: *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición (14ª reimp.), Buenos Aires: Editorial Astrea.
- _____. 2005: *Fundamentos de derecho constitucional*, 1ª edición (3ª reimp.), Buenos Aires: Editorial Astrea.
- NUNES, D., y HORTA, A. F., 2015: «Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução», en CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC. Coleção Novo CPC e novos temas*. Salvador: Juspodivm
- NÚÑEZ VAQUERO, A., 2016: «Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 39.
- OLIPHANT, H., 1928: «A Return to Stare Decisis», en *American Bar Association Journal*, Vol. 14, Núm. 2.
- OTTO, I., 1995: *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2ª edición (4ª reimpr.) Barcelona: Ariel.
- PASSANANTE, L., 2017: «Prospective overruling, certeza del derecho y del proceso», trad. de Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui, en PRIORI, G. (Coord.), *Derecho material y proceso*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- PEGORARO, L., y RINELLA, A., 2003: *Las fuentes en el derecho comparado: con especial referencia al ordenamiento constitucional*, trad. de Marta León, Daniel Berzosa y Jhoana Delgado, 1ª edición, Lima: Grijley.
- PEÑA FREIRE, A., 1997: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid: Trotta.
- PICARDI, N., 2009: *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*, trad. de Juan José Monroy Palacios, 1ª edición, Lima: Communitas.
- PIZZORUSSO, A. 1984: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, trad. de Javier Jiménez Campo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- POSTEMA, G., 2003: «Classical Common Law Jurisprudence», (Part 2), en *Oxford University Commonwealth Law Journal*, Vol. 3.
- POUND, R., 1941: «What of stare decisis?» en *Fordham Law Review*, Vol. 10.
- PRICE, P., 2000: «Precedent and Judicial Power after the founding», en *Boston College Law Review*, Vol. 42.
- PRIETO, L., 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson.

- _____. 2000: «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 23.
- _____. 2001: «Constitución y parlamento», en *Parlamento y Constitución (Anuario)*, Núm. 5.
- _____. 2002: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- _____. 2005a: *Constitucionalismo y positivismo*, 1ª edición (2ª reimp.), México: Fontamara.
- _____. 2005b: *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- _____. 2008: *Apuntes de teoría del Derecho*, 3ª edición, Madrid: Trotta.
- _____. 2010: «Neoconstitucionalismos: un catálogo de problemas y argumentos», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.
- _____. 2013a: *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta.
- _____. 2013b: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- RAZ, J., 1985: *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª edición, México: Universidad Autónoma de México.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, R., 2007: «El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos», en CARPIO, E., y GRÁNDEZ, P. (coords.), *Estudios al precedente constitucional*, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- RUIZ MIGUEL, A., 1996: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 19.
- SACCO, R., 1991a: «Legal formants: A dynamic approach to comparative law», en *The American Journal of Comparative Law* (Installment I), Vol. XXXIX, Núm. 2.
- _____. 1991b: «Legal formants: A dynamic approach to comparative law», en *The American Journal of Comparative Law* (Installment II), Vol. XXXIX, Núm. 2.
- SÁENZ DÁVALOS, L., 2014: «El camino del precedente constitucional vinculante», en *Gaceta Constitucional*, Núm. 83.
- SAGER, L., 2004: *Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, trad. de Aída Torres Pérez, Madrid: Marcial Pons.
- SALMOND, J. W., 1902: *Jurisprudence or the theory of the law*, Londres: Stevens and Haynes.
- SAUVEPLANNE, J.G., 1982: *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam/New York: North-Holland Publishing Company.
- SCHAUER, F., 2006: «Do Cases Make Bad Law?» en *University of Chicago Law Review*: Vol. 73.
- _____. 2007: «Has precedent ever really mattered in the Supreme Court», en *Georgia State University Law Review*, Vol. 24.

- _____. 2004: *Las reglas de juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. de Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2013: *Pensar como abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Tobías J. Schleider, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2011: «Precedent», documento en línea disponible en <https://ssrn.com/abstract=1836384>
- _____. 2008: «Why Precedent in Law (And Elsewhere) Is Not Totally (Or Even Substantially) about Analogy», en *Perspectives on Psychological Science*, Vol. 3, Núm. 6.
- SCHMITT, K., y KELSEN, H., 2009: *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos.
- SCHNEIDER, H., 1982: «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», trad. de Joaquín Abellán, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, Núm. 5.
- SCOFIELD, R., 2005: «Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century», en *The King's College Law Journal*, Vol. 16.
- SELLERS, M., 2006: «The Doctrine of Precedent in the United States of America», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54.
- SHANNON, B. S., 2006: «May Stare Decisis be Abrogated by Rule?» En *Ohio State Law Journal*, Vol. 67.
- _____. 2009: «Overruled by implication», en *Seattle University Law Review*, Vol. 33.
- SINCLAIR, M., 2007: «Precedent, super-precedent», en *George Mason Law Review*, Vol. 14.
- SIMPSON, A., 1958: «The ratio decidendi», en *The Modern Law Review*, Vol. 21.
- STARGER, C., 2013: «The Dialectic of Stare Decisis Doctrine», en PETERS, C. J. (Ed.), *Precedent in the United States Supreme Court*, Springer.
- STONE, J., 1959: «The ratio of the ratio decidendi», en *The Modern Law Review*, Vol. 22, Núm. 6.
- SUMMER, R. S., 1978: «Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification», en *Cornell Law Review*, Vol. 63, Núm. 5.
- TARELLO, G., 2013: *La interpretación de la ley*, trad. de Diego Dei Vecchi, 1ª edición, Lima: Palestra Editores.
- TARUFFO, M., 2009: *Páginas de justicia civil*, trad. de Maximiliano Aramburu Calle, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2011a: *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova, Madrid: Trotta.
- _____. 2011b: *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, 4ª edición, Madrid: Trotta.
- _____. 2007: «Precedente e giurisprudenza», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 61, Núm. 3.
- TRAZEGNIES GRANDA F. “Legislando sobre el cuerpo y el alma” documento en línea disponible en <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg>.

- TREANOR, W., y SPERLING, G., 1993: «Prospective Overruling and the Revival of „Unconstitutional' Statutes», en 93 *Columbia Law Review*.
- WALDRON, J., 2005: *Derechos y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid: Marcial Pons.
- _____. 2012: «Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach», en *Michigan Law Review*, Vol. 111(1).
- WALUCHOW, W. J., 2009: *Una teoría del control judicial de la constitucionalidad basada en el common law: un árbol vivo*, trad. de Pablo de Lora, Madrid: Marcial Pons.
- WAMBAUGH, E., 1892: *The study of cases: in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*, Boston: Little, Brown, and Company.
- WAMBIER, T., 2012: «Súmula vinculante: ¿figura del common law?», en CAVANI, Renzo (coord.), *Estudios sobre los medios impugnatorios*, Lima: Gaceta Jurídica.
- WHITTAKER, S., 2008: «El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela», trad. de Cristián Banfi del Río, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, Núm. 1.
- WRÓBLEWSKI, J., 2013: *Sentido y Hecho en el derecho*, trad. de Juan Igartua Salaverría y Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, 2ª edición, Lima: Grijley.
- XIOL RÍOS, J. A., 2005: *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris.
- ZAGREBELSKY, G., 2008: *Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 8ª edición, Madrid: Trotta.
- _____. 2014: *La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta.
- ZANETI JR., H., 2015: *El valor vinculante de los precedentes: teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes*, trad. de Renzo Cavani, María Luisa Meza Ríos y Francisco Escajadillo, 1ª edición, Lima: Raguel.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, R., 2014: *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*, Lima: Grijley.