

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

REGULACIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Administrativo

Autor

Percy Milton Soncco Mendoza

Asesor

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

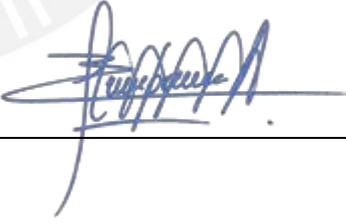
Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Vicente Alberto Cairampoma Arroyo, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “REGULACION DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ” del autor Percy Milton Soncco Mendoza, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 12/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de febrero de 2023

Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto	
DNI:	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-9706-4910	

Resumen

Los precedentes otorgan predictibilidad al sistema de administración de justicia y en el caso del Derecho Administrativo las necesidades son similares a las del ámbito jurisdiccional, y es necesario dotar de predictibilidad a las decisiones administrativas y ello otorga legitimidad a las decisiones de la administración pública, se requiere entonces que los criterios interpretativos de la administración se encuentren adecuadamente definidos y ello implica que la aprobación de precedentes administrativos –al margen de la especialización de las entidades administrativas– sea uniforme.

En el ordenamiento jurídico administrativo peruano la emisión de precedentes vinculantes se ha desarrollado mediante resoluciones emitidas por la sala plena de los tribunales administrativos que establecen criterios interpretativos o mediante actos administrativos emitidos en casos concretos por la última instancia administrativa.

Se plantea en el presente trabajo que la administración pública al establecer precedentes vinculantes vía acuerdos de sala plena sobre temas y no sobre casos concretos ejercería una potestad reglamentaria o cuasi legiferante que genera una zona gris que puede generar una grave afectación al principio del debido procedimiento administrativo y a la tutela jurisdiccional efectiva. Entonces, es necesario delimitar claramente la naturaleza del precedente y desde cuándo goza de vigencia un precedente vinculante a fin de garantizar adecuadamente la predictibilidad y uniformidad en el ordenamiento jurídico administrativo.

Palabras clave:

Jurisprudencia; Precedente; Precedente administrativo; predictibilidad; uniformidad

Abstract

The precedents grant predictability to the justice administration system and in the case of Administrative Law the needs are similar to those of the jurisdictional sphere, and it is necessary to provide predictability to administrative decisions and this grants legitimacy to the decisions of the public administration, it is It then requires that the interpretative criteria of the administration be adequately defined and this implies that the approval of administrative precedents –regardless of the specialization of the administrative entities– is uniform.

In the Peruvian administrative legal system, the issuance of binding precedents has been developed through resolutions issued by the full chamber of the administrative courts that establish interpretative criteria or through administrative acts issued in specific cases by the last administrative instance.

It is proposed in the present work that the public administration, by establishing binding precedents via full court agreements on issues and not on specific cases, would exercise a regulatory or quasi-legislative power that generates a gray area that can seriously affect the principle of due administrative procedure. and effective judicial protection. Then, it is necessary to clearly define the nature of the precedent and since when a binding precedent has been in force in order to adequately guarantee predictability and uniformity in the administrative legal system.

Keywords:

Jurisprudence; Preceding; Administrative precedent; predictability; uniformity

Índice

Contenido

Resumen	2
Abstract	3
Índice	4
Introducción	5
I. El Precedente en el Perú	8
1.1. El Sistema de Fuentes del Derecho	8
1.2. La jurisprudencia y el Precedente	9
1.3. El ámbito constitucional	10
1.3.1. La jurisprudencia constitucional	10
1.3.2. El precedente constitucional	10
1.3.3. Los precedentes vinculantes en el Tribunal Constitucional	11
1.4. El ámbito judicial	11
1.4.1. La jurisprudencia judicial	11
1.4.2. El precedente judicial	12
1.4.3. Los precedentes vinculantes en la Corte Suprema	12
1.5. Diferencia entre precedente constitucional y precedente judicial	14
II. El Precedente Administrativo	15
2.1. La Ley del Procedimiento Administrativo General	16
2.2. La organización administrativa del Estado	20
III. Propuestas	27
3.1. Aportes del Precedente Judicial	27
3.2. Aportes del Precedente Constitucional	28
Conclusiones	30
Bibliografía	33

Introducción

El precedente tiene su origen en el derecho anglosajón que en su sistema de fuentes del derecho otorga especial ubicación a la jurisprudencia con un notable desarrollo en el sistema estadounidense (Barker, 2014, p. 30). En el derecho romano germánico en cambio, la jurisprudencia y la legislación tienen distinta jerarquía (Bravo-Hurtado, 2013, p. 551) pero es innegable la influencia del precedente anglosajón.

El precedente judicial emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante **CSJR**) desarrolla mecanismos disímiles y específicos para su emisión y vincula a los jueces. A manera de ejemplo, en los procesos civiles se recurre al pleno casatorio en base a un caso concreto (Calderón, 2020, p. 80); el precedente en materia penal en cambio, recurre a dos mecanismos: **i**) la emisión del precedente en base a un caso concreto (el pleno casatorio); y, **ii**) la emisión de precedentes respecto a un tema y no un caso concreto (los acuerdos plenarios).

El precedente constitucional emitido por el Tribunal Constitucional (en adelante **TC**), tiene un mecanismo de aprobación que lo hace vinculante para todos los poderes del Estado y se emite en el marco de un caso concreto (Ramírez, 2015, p. 36). En principio se trata de una función del TC, pero con la aprobación del Nuevo Código Procesal Constitucional es también una función que puede ejercer la Sala Constitucional y Social de la CSJR en materia de procesos de acción popular.

Lo interesante en la emisión de los precedentes es que dotan de predictibilidad al sistema de administración de justicia y es una sana práctica someter a exhaustiva crítica a los precedentes vinculantes cuando se aplican a un caso concreto, esto permite la evolución del ordenamiento jurídico (fortalece la labor de los tribunales de vértice); pero, un alto nivel de apartamiento del precedente o recurrentes intentos de modificación o supresión puede generar un preocupante cuestionamiento respecto a la legitimidad de los precedentes.

En el caso del Derecho Administrativo se tiene necesidades similares a las del ámbito jurisdiccional, y es que dotar de mayor predictibilidad a las decisiones administrativas otorgar mayor legitimidad en las decisiones de la administración

pública, esto exige entonces que los criterios interpretativos de la administración se encuentren adecuadamente definidos y ello implica que la aprobación de precedentes administrativos –al margen de la especialización de las entidades administrativas– sea uniforme y es lo que se desprende de la redacción contenida en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante **TUO**)¹.

Se ha verificado en el ordenamiento jurídico administrativo peruano que la emisión de precedentes vinculantes se ha desarrollado mediante resoluciones emitidas por acuerdos de sala plena de tribunales administrativos que establecen criterios interpretativos² conforme a lo precisado en el numeral 2.8 del artículo V del Título Preliminar del TUO.

Se ha constatado también que mediante actos administrativos emitidos en casos concretos por la última instancia administrativa (un tribunal administrativo) se ha fijado precedentes administrativos³, lo que permite asumir que los precedentes se emitieron en aplicación de lo precisado en el artículo VI del Título Preliminar del TUO.

En el ordenamiento jurídico peruano, se ha verificado también que para la emisión de precedentes vinculantes en algunas entidades administrativas se utiliza indistintamente las fórmulas previstas en el artículo V y VI del Título Preliminar del TUO⁴.

¹ Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS publicado en el diario oficial “El Peruano” el 25 de enero de 2019.

² A manera de ejemplo: Acuerdo Plenario N.º 01-2013-CG/TSRA del 25 de noviembre de 2013; Acuerdo Plenario N.º 01-2018-CG/TSRA del 25 de junio de 2018; y Acuerdo Plenario N.º 01-2021-CG/TSRA del 22 de enero de 2021. Acuerdo N.º 009-2020 SUSALUD publicado el 17 de enero de 2021.

Resolución de Sala Plena N.º 001-2012-SERVIR/TSC del 15 de mayo de 2012; Resolución de Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC del 28 de marzo de 2019 y Resolución de Sala Plena N.º 008-2020-SERVIR/TSC del 3 de julio de 2020.

³ Véase a manera de ejemplo: Resolución N.º 0410-2020/TPI-Indecopi del 25 de mayo de 2020 y la Resolución N.º 1415-2006/TDC-Indecopi del 13 de setiembre de 2006.

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N.º 00026-2020-TSC/OSIPTTEL del 4 de diciembre de 2020; Resolución N.º 0064487-2020-TRASU/OSIPTTEL del 19 de junio de 2020.

Resolución N.º 001-2018-OSINFOR-TFFS-SP del 21 de noviembre de 2018.

Resolución N.º 443-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 14 de diciembre de 2018.

Resolución N.º 405-2014-ANA/TNRCH publicada el 4 de abril de 2019; Resolución N.º 139-2014-ANA/TNRCH publicada el 22 de julio de 2014 y Resolución N.º 190-2014-ANA/TNRCH publicada el 22 de julio de 2014.

⁴ Véase: Resolución de Sala Plena N.º 002-2021-SUNAFIL/TFL del 29 de octubre de 2021 y la Resolución de Sala Plena N.º 001-2022-SUNAFIL/TFL del 27 de enero de 2022.

Entonces, como premisa de partida se tiene que la aprobación de precedentes administrativos sigue diversos criterios que no siempre se originan del pronunciamiento respecto a casos concretos, sino de la necesidad que se identifica en las entidades de interpretar determinados supuestos normativos recurriendo a la figura de los “acuerdos plenarios” de los tribunales administrativos.

La inquietud se plantea también, cuando se verifica que la aprobación de precedentes en atención a lo previsto en el artículo V del título preliminar del T.U.O. de la Ley N.º 27444 guarda similitud con el ejercicio de la potestad reglamentaria en la administración, ya que los precedentes aprobados mediante dicho mecanismo se asemejan a directivas o lineamientos que –a diferencia de los precedentes aprobados conforme a lo previsto en el artículo VI– no establece el mecanismo de modificación o de impugnación de los mismos lo que hace necesario su estudio y revisión.

Si bien puede resultar justificada la diferenciación en la emisión de precedentes por las propias características de cada sector en el cual es competente un tribunal administrativo, el ejercicio de dicha prerrogativa requiere de uniformidad y eso hace necesario establecer mecanismos que asuman como premisa de partida que en nuestro sistema de fuentes del derecho, un precedente es la interpretación y solución de un caso concreto y no de un tema.

I. El Precedente en el Perú

En este apartado se procura un acercamiento al “precedente vinculante” en el ordenamiento jurídico peruano incidiendo en las similitudes y diferencias en su emisión por los tribunales o cortes de vértice (CSJR o TC) y se incide en algunos aspectos de su regulación tratando de interpolarlos con el precedente administrativo.

Se sigue un esquema deductivo en el que se parte de la ubicación del “precedente” en el sistema de fuentes del Derecho en general, se hace una precisión de los conceptos de jurisprudencia y precedente y se revisa al precedente constitucional y judicial procurando establecer los criterios en común utilizados por la CSJR (en sus distintas especialidades) y el TC.

La intención es aprovechar las construcciones metodológicas de dichos tribunales de vértice y verificar la pertinencia de la aplicación de algunos de estos conceptos en la emisión de precedentes administrativos.

1.1. El Sistema de Fuentes del Derecho

La jurisprudencia (y el precedente que puede contener) ha sido en la evolución de los ordenamientos jurídicos uno de los rasgos distintivos entre los sistemas de *Common Law* y *Civil Law* (Gascón Abellán, 2022, p. 71).

En el *Common Law* se presta especial atención a la jurisprudencia y al resolver los jueces citan fallos anteriores y la interpretación jurídica se orienta a identificar el sentido de la norma en fallos previos. Para el caso del *Civil Law* la emisión de sentencias se basa en la interpretación del texto legal y de ello se deja constancia en la jurisprudencia.

Así, mientras en el derecho anglosajón las universidades se enfocan en el estudio de los casos relevantes para la enseñanza del derecho; en el derecho romano germánico se incide en el estudio de la codificación y de las normas legales. Lo previamente expuesto determina entonces la estructura y prioridad en las fuentes del derecho. (Bravo-Hurtado, 2013, p. 551 y 552)

Cabe advertir que la interpretación jurisdiccional de los tribunales de vértice, expresada en sentencias que asumen criterios interpretativos, no tienen la misma fuerza (podría considerarse entre precedentes “obligatorios”,

“recomendables” y “aceptables”) y se tiene como premisa de partida que la jurisprudencia emitida en casos concretos o sobre la base de “acuerdos plenarios” por estos tribunales obviamente son criterio orientador para los órganos de instancias inferiores y que podría considerarse vinculante.

Ahora, que nuestro ordenamiento desarrolle mecanismos para que a dichas decisiones se les otorgue carácter “vinculante” no permite ubicar sistemáticamente a la jurisprudencia como fuente formal del derecho en nuestro ordenamiento. Caso distinto es el de la jurisprudencia del TC que cuando interpreta el texto constitucional emite “norma constitucional” que no necesariamente es precedente, pero sí fuente del derecho.

En el caso del precedente administrativo corresponde indicar –como en su oportunidad lo manifestara el profesor Cairampoma– para estudiar al precedente administrativo es necesario considerar los elementos esenciales de los precedentes judiciales en el *Common Law*, debido a que en ellos encontramos la experiencia más vasta sobre decisiones vinculantes (Cairampoma Arroyo, 2014, p. 485).

Una premisa de partida que pretendemos asentar es que tomando en consideración los criterios para la emisión de precedentes en el derecho anglosajón, un precedente administrativo debería emitirse en razón de un caso concreto y no de un tema.

1.2. La jurisprudencia y el Precedente

Conceptualizar o definir a los precedentes es una tarea de especial dificultad por las peculiaridades de los ordenamientos normativos (Núñez Vaquero, 2020, p. 307) y como lo señala la profesora Iturralde puede tener triple relevancia: como fuente formal de derecho (cuando es reconocida como tal en un ordenamiento jurídico específico); como fuente material (cuando se incide en la influencia de la decisión judicial en un ordenamiento jurídico) y como argumento judicial (por la autoridad reconocida a los tribunales) (Iturralde, 2013, p. 195 y 196).

El precedente constitucional vinculante ha merecido desarrollo en la jurisprudencia del TC⁵ que en su oportunidad precisó respecto a su

⁵ Véase: Expediente N.º 03741-2004-AA, fundamento jurídico 42.

jurisprudencia que es la interpretación que hace de la Constitución y que es fuente de derecho que vincula a todos los poderes del Estado. Advierte además que jueces y tribunales interpretan y aplican la ley de conformidad a la Constitución y la interpretación que de la misma hace el TC.

Precisaba el TC⁶ que el legislador introdujo la técnica del precedente (artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional), sería correcto afirmar entonces que el TC, a través del precedente constitucional, ejerce poder normativo general cuando interpreta una norma a partir de un caso concreto (Morales Saravia, 2017).

Entonces, jurisprudencia y precedente constitucional comparten su efecto vinculante (nadie cuestiona su obligatoriedad).

1.3. El ámbito constitucional

1.3.1. La jurisprudencia constitucional

Es necesario advertir que en doctrina y en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷ se ha precisado que no deben identificarse como sinónimos precedente y jurisprudencia constitucional, la diferencia presenta una connotación atendible: jurisprudencia y precedente constitucional vinculan, pero el precedente supone el ejercicio de potestad regulatoria de alcance general a partir de su emisión.

1.3.2. El precedente constitucional

La técnica del precedente constitucional se mantiene en el Nuevo Código Procesal Constitucional que como modificación sustancial en su regulación exige una mayoría cualificada de votos para su aprobación (cinco votos) y establece además el mecanismo para su modificación y supresión.

En el precedente constitucional su aplicación recurre a técnicas como el *distinguishing* y el *overruling* (técnicas del *Common Law*) que son mecanismos que permiten una aplicación adecuada de los precedentes a casos similares o aparentemente similares y permiten uniformidad y coherencia en la utilización de la jurisprudencia en general y de los precedentes en particular.

En el caso del TC, cuando se recurre al precedente se hace referencia al término “caso sustancialmente igual” que guarda similitud con el mecanismo de

⁶ Ibidem fundamento jurídico 43.

⁷ Véase: Expediente N. ° 03741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarleque).

funcionamiento del precedente del *Common Law* que obliga a “extraer” las razones jurídicas que permitieron resolver un caso para aplicarlos en la solución de otro caso similar (Cruces Burga, 2017, p. 191).

1.3.3. Los precedentes vinculantes en el Tribunal Constitucional

El precedente constitucional tiene fuerza normativa y de la revisión jurisprudencial se puede sostener que la primera sentencia en el Perú que elabora un análisis sistemático del precedente es una sentencia del TC⁸ que precisó respecto al precedente constitucional que es una regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el TC establece como regla general y que deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza similar.

El otro caso emblemático del TC⁹ que asume un desarrollo conceptual respecto al tema precisa que el precedente es aquel mediante el cual el TC extrae una norma a partir de la resolución de un caso concreto y en aplicación de lo regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

1.4. El ámbito judicial

1.4.1. La jurisprudencia judicial

La “Corte de Casación” tiene sus credenciales de origen en Francia y orgánicamente era un órgano del Poder Legislativo que a través del recurso de casación genera el mecanismo para impugnar sentencias que transgredan la ley y para sancionar cualquier contravención a la misma que pudieran cometer los órganos jurisdiccionales cautelando desviaciones y excesos de los tribunales y a los tribunales mismos¹⁰.

Andrés Ibáñez (citado por Núñez Vaquero) manifestaba que la preocupación vinculada a la independencia de los jueces tiene como origen la Italia post segunda guerra mundial, pero coinciden también muchos autores en que la

⁸ Véase: Expediente N.º Expediente N.º 00024-2003-AI/TC (Caso “Municipalidad Distrital de Lurín”).

⁹ Véase: Expediente N.º 03741-2004-AA/TC que está vinculado a la posibilidad de ejercer control difuso por parte de la administración pública.

¹⁰ Al respecto puede revisarse el dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley N.º 672/2006/CR, 749/2006-PE, 1725/2007-CR, 1726/2007-CR y 2881/2008-CR que proponen modificar diversos artículos del Código Procesal Civil referidos al recurso de casación del 26 de marzo de 2009.

preocupación remonta sus orígenes hasta Montesquieu (y su clásica teoría de la separación de poderes) y la más remota premisa de igualdad formal ante la ley (Núñez Vaquero, 2020, p. 315).

1.4.2. El precedente judicial

De la revisión de la doctrina se constata que la denominación “precedente judicial” se presta a múltiples significados: puede entenderse como una sentencia (o conjunto de sentencias) que provienen del mismo tribunal de vértice (Sala civil, penal o constitucional y social de la CSJR) y que establecen criterios interpretativos (Calderón Puertas, 2020).

Hay autores que asumen que hace referencia a una parte de la sentencia en la que se expresa de manera concreta la fórmula de solución para un caso concreto que puede aplicarse como precedente en casos similares (Gascón Abellán, 2022).

Otros autores hacen referencia a la *ratio decidendi* de la sentencia y consideran a esta regla el precedente vinculante (Núñez Vaquero, 2020).

Para el caso de la CSJR se ha regulado la emisión de precedentes vinculantes a través de distintos cuerpos normativos en función de distintas especialidades (civil, penal, laboral o contencioso-administrativo por ejemplo); se puede verificar en ello que en cada especialidad¹¹ se tienen distintos mecanismos y parámetros para la aprobación de precedentes.

1.4.3. Los precedentes vinculantes en la Corte Suprema

En el caso de los plenos casatorios de la CSJR estos son una herramienta fundamental como fuente de derecho que goza de carácter vinculante; su regulación normativa es la que genera dificultades para lograr uniformidad.

En el ordenamiento peruano de los artículos que se ocupan de la casación es interesante la referencia del artículo 400° del Código Procesal Civil que en su redacción original hacía referencia a “doctrina jurisprudencial” y en su modificación al “precedente judicial”, ello sin embargo no es lo llamativo de la modificación sino la parte referida al órgano competente y es que en la redacción original la emisión del precedente le correspondía a los vocales de la

¹¹ Sala Civil, Sala Penal y Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sala Plena¹² y con la modificación corresponde la función de emitir precedente a los magistrados supremos civiles (sin hacer referencia a su titularidad o provisionalidad).

Ahí por ejemplo se planteaba un tema de legitimidad en la emisión del precedente y es que la Sala Plena no tiene función jurisdiccional propiamente y al estar conformada por magistrados supremos integrantes de salas de otras especialidades generaba cuestionamientos al precedente civil pese a que –procurando una justificación– incluso las salas penales, por ejemplo, cuando determinan la reparación civil recurren a normas de responsabilidad civil.

Al margen de la participación de magistrados que se desempeñaban en especialidad distinta a la civil, el asunto en cuestión es que el órgano colegiado convocado para emitir pleno casatorio civil era la sala plena que no es un órgano que ejerza funciones jurisdiccionales y ello obviamente motivó la necesidad de modificar el artículo 400° del Código Procesal Civil procurando legitimidad en los precedentes vinculantes en materia civil.

En el ámbito penal, la vigencia del Código de Procedimientos Penales y del Código Procesal Penal ha generado que existan múltiples mecanismos para emitir precedente vinculantes y así tenemos los “precedentes vinculantes” y las “sentencias plenarias” emitidas por las Salas penales supremas en el Código de procedimientos penales¹³; los “fallos vinculantes”¹⁴ (emitidos por las Salas de la Corte Suprema), las “sentencias casatorias” y los “plenos casatorios”¹⁵ (emitidos por una Sala penal de la Corte Suprema) en el marco del Código Procesal Penal. Cabe también la posibilidad de recurrir a los fallos vinculantes emitidos por una Sala de la Corte Suprema¹⁶.

En este caso los mecanismos que se utilizan indistintamente para emitir jurisprudencia vinculante: los acuerdos plenarios y los plenos casatorios son mecanismos que desnaturalizan y restan a la posibilidad de ubicar sistemáticamente a la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho.

¹² De conformidad al artículo 79° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Plena está conformada únicamente por los vocales titulares de la Corte Suprema.

¹³ Artículo 301° numeral 1 y 2 del Código de Procedimientos Penales.

¹⁴ Artículo 88° numeral 4 del Código Procesal Penal.

¹⁵ Artículo 433° numeral 1 y 4 del Código Procesal Penal.

¹⁶ Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En otra especialidad, la anterior Ley Procesal del Trabajo no precisaba regulación respecto a la emisión de precedentes vinculantes y de ser el caso la norma a invocar era el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Nueva Ley Procesal del Trabajo¹⁷ permite la emisión de precedentes vinculantes pero a la fecha la CSJR no ha emitido precedentes en dicho sentido y si bien se ha recurrido a los Plenos Jurisdiccionales Laborales, estos resultan en cierta medida “referenciales” y no gozan de la vinculatoriedad o fuerza de un precedente vinculante.

Situaciones similares se pueden apreciar por ejemplo en el ámbito del Derecho Contencioso-administrativo y Derecho Tributario por ejemplo.

1.5. Diferencia entre precedente constitucional y precedente judicial

Al respecto es interesante la posición asumida por el Tribunal Constitucional¹⁸ y consideramos pertinente parafrasear dicha posición en los siguientes términos: El precedente en el *Common law* es vinculante en sentido vertical (de la Corte Suprema hacia las cortes y juzgados inferiores) y cualquiera que lo invoque debe recurrir a un juez para que se aplique al caso concreto.

El precedente del Tribunal Constitucional en cambio tiene los mismos efectos de una ley, externaliza una regla para todos y frente a todos (precedente) a partir de un caso concreto y cualquier persona puede invocarlo frente a cualquier poder del Estado sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Cuando se hace referencia a los alcances del precedente (judicial o constitucional) es necesario que en nuestro sistema de fuentes del derecho se establezca mediante regulación específica los mecanismos de emisión, modificación y extinción de precedentes vinculantes; es necesario desarrollar un marco específico uniforme que considere por ejemplo los supuestos que justificarían la necesidad de emitir precedentes vinculantes y la mayoría necesaria en los órganos colegiados de los tribunales de vértice para la emisión de precedentes.

En el caso de los precedentes judiciales y constitucionales se aprecia como similitud que el mecanismo de aprobación por los tribunales de vértice no es con la intención de desarrollar una “tercera instancia” sino con la intención de

¹⁷ Artículo 40° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo .

¹⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 03741-2004-AA, fundamentos 48 y 49.

cumplir una función nomofiláctica. Se aprecia también como similitud que la aprobación de precedentes vinculantes requiere de una mayoría calificada para la aprobación de los mismos.

Se advierte como diferencia que los mecanismos de emisión de precedentes judiciales tienden a ser dispersos en función de la especialidad y la modificación o supresión de precedentes está sujeto a un alto margen de discrecionalidad; la emisión del precedente constitucional en cambio, tiende a ser uniforme incluso en los mecanismos de modificación o supresión de precedentes.

II. El Precedente Administrativo

Con referencia al precedente en términos prácticos se ha manifestado que es “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar” (Villar Palasí, 1968, p. 526) y el profesor Diez-Picazo advertía que para que el precedente tenga relevancia jurídica, debe tener cierta –aunque no siempre bien delimitada– fuerza vinculante (Diez-Picazo, 1982, p. 7).

Ortíz Díaz citado por Cairampoma, precisaba que el precedente administrativo se justifica en el principio de igualdad o equidad en el trato, en el que los administrados deben ser tratados de manera similar cuando se encuentren en supuestos semejantes; actuación que se realiza en el marco de la potestad discrecional (Cairampoma Arroyo, 2014, p. 485). En apreciación que compartimos, efectuada por el profesor Cairampoma, el precedente administrativo tiene fundamento constitucional en los principios de igualdad y no discriminación.

El precedente genera vinculación unilateral de la institución a lo decidido, y puede invocarse por terceros en casos análogos. Se hace bien en advertir que los precedentes no generan “derecho adquirido”. (Morón Urbina, 2021).

Precisa Guzmán –atendiendo a lo previsto en la Ley– que los precedentes administrativos se construyen con resoluciones que resuelven casos particulares con interpretación expresa y de carácter general del sentido de la Ley (sustantiva o adjetiva) y son de observancia obligatoria por la entidad donde se siga el respectivo procedimiento administrativo, mientras la interpretación no sea modificada (Guzmán Napurí, 2020).

El precedente administrativo busca uniformizar la emisión de actos administrativos, para permitir a los administrados predictibilidad en los procedimientos. (Guzmán Napurí, 2017).

En el ordenamiento administrativo peruano en el TUO se regula la emisión de precedentes en dos normas distintas que requieren de un análisis más pormenorizado (y que sistematizamos en una tabla líneas abajo) y de la revisión de las normas referidas se desprende que la naturaleza de la emisión de los precedentes deja espacio para discutir respecto al origen y legitimidad del precedente.

Consideramos oportuno hacer referencia a la precisión expuesta por el magistrado Espinosa Saldaña Barrera en una sentencia interlocutoria del TC¹⁹ en la que precisa que es un error calificar al “precedente administrativo” como uno “de observancia obligatoria”, pues no existe uno que no lo sea y al persistir en la denominación podría asumirse que un precedente administrativo puede, en algún caso, tener alcances no obligatorios (precedente solo “persuasivo” por ejemplo).

2.1. La Ley del Procedimiento Administrativo General

En el ordenamiento jurídico peruano los tribunales administrativos emiten precedentes administrativos mediante la aprobación de criterios interpretativos²⁰ o a través de la solución de casos concretos²¹.

a. El Precedente Administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General

En el ordenamiento jurídico peruano los tribunales administrativos emiten precedentes administrativos mediante la aprobación de criterios interpretativos²² o a través de la solución de casos concretos²³, conforme se puede apreciar del siguiente cuadro:

¹⁹ Expediente N.º 01772-2018-PC/TC Tumbes, fundamento del voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, numeral 7.

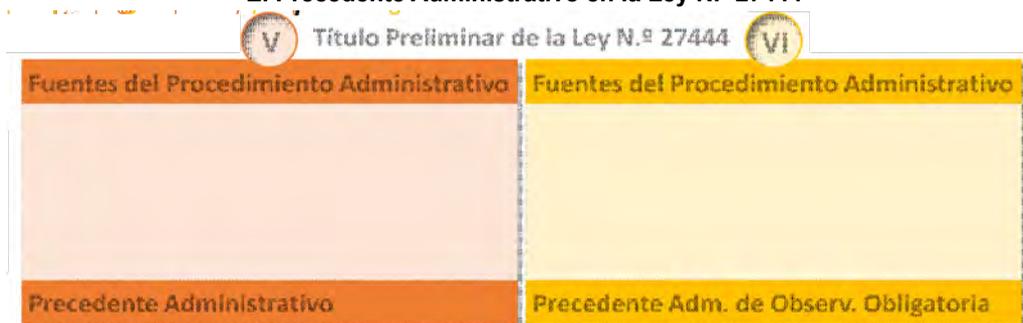
²⁰ T.U.O. de la Ley N.º 27444, Título Preliminar, artículo V, numeral 2.8.

²¹ T.U.O. de la Ley N.º 27444, Título Preliminar, artículo VI, numeral 1.

²² T.U.O. de la Ley N.º 27444, Título Preliminar, artículo V, numeral 2.8.

²³ T.U.O. de la Ley N.º 27444, Título Preliminar, artículo VI, numeral 1.

Gráfico N.º 01
El Precedente Administrativo en la Ley N.º 27444



Fuente: T.U.O. de la Ley N.º 27444.
Elaboración: propia

Precisaba el profesor Morón Urbina (Morón Urbina, 2021) que los efectos de los precedentes vinculantes en el ámbito administrativo son: horizontales (la decisión “autovincula” a la entidad en sus actuaciones posteriores hasta que la ley o el mismo órgano con capacidad decisoria modifique de criterio); y, verticales (por su jerarquía y función, la decisión deviene en vinculante para los órganos inferiores y para los operadores sujetos a su ámbito).

Respecto a la aprobación de precedentes consideramos necesario hacer la siguiente precisión:

- a) La aprobación de precedentes administrativos a través de acuerdos de sala plena de los tribunales administrativos que generan vinculatoriedad u obligatoriedad desde su publicación implican una **menor legitimidad en los precedentes y una menor garantía para los administrados.**
- b) Los precedentes aprobados mediante la emisión de actos administrativos –como consecuencia de recursos impugnativos en casos concretos– **además de requerir que el acto quede firme** (irrecurrible en sede administrativa e inimpugnable en sede judicial) **requieren de su publicidad para lograr la vinculatoriedad y obligatoriedad.**

Tomando en consideración lo previamente expuesto consideramos necesario hacer referencia a dos supuestos:

- a) Respecto al precedente administrativo aprobado en sala plena por un órgano colegiado: **i)** para ser objeto de control judicial requeriría de su invocación en la motivación de un acto administrativo en un caso concreto. Así, en sede judicial se cuestionaría un acto administrativo concreto (que en su motivación incluye el razonamiento del precedente) y el Poder judicial podría determinar la nulidad del acto administrativo concreto pero persistiría

la *ratio decidendi* (el precedente administrativo aprobado por tribunal administrativo); **ii)** el precedente administrativo aprobado mediante acuerdos o resoluciones emitidas por entidades de la administración específicas (Tribunales administrativos o Consejos administrativos regulados por leyes especiales) que establece criterios interpretativos de alcance general (que requieren estar debidamente publicados) por su naturaleza se tendrían que impugnar en sede judicial vía acción popular²⁴, lo que distorsiona la naturaleza de un tribunal administrativo que ejerce facultades de solución de controversias o son última instancia en procedimientos administrativos en sede administrativa, pero que estaría ejerciendo potestad reglamentaria de facto.

- b) Un precedente administrativo emitido como consecuencia de un acto administrativo que resuelve un caso concreto y particular, puede ser objeto de control jurisdiccional por el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo²⁵ en el que en última instancia se podría obtener un pronunciamiento de la Corte Suprema que resuelva declarando la nulidad del acto administrativo y por ende del acto que contiene el precedente administrativo.

b. Los Principios de Predictibilidad y Uniformidad

Los precedentes administrativos tienen una importante incidencia en la motivación de actos administrativos en la administración pública, y la aprobación de los mismos requiere de la predictibilidad y uniformidad suficientes a fin de cumplir de manera óptima con su finalidad.

La investigación se circunscribe a la revisión de los precedentes administrativos emitidos por las tribunales administrativos de las entidades públicas del Perú a fin de determinar la naturaleza de los mismos que en algunos caso asemejan al ejercicio de la potestad reglamentaria de la administración lo que distorsionaría la naturaleza del precedente administrativo y **podría significar una afectación a los principios de uniformidad y predictibilidad**²⁶ desarrollados en el

²⁴ Decreto Supremo N.º 011-2019-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, artículo 3º.

Constitución Política del Perú de 1993, artículo 200º, numeral 5.

²⁵ Decreto Supremo N.º 011-2019-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, artículo 4 (numeral 1) y artículo 5 (numeral 1).

²⁶ T.U.O. de la Ley N.º 27444, Título Preliminar, Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo, numerales 1.14 y 1.15.

ordenamiento jurídico administrativo y que pueden esquematizarse de la siguiente manera:

Gráfico N.º 02
Los Principios de Uniformidad y Predictibilidad en la Ley N.º 27444.



Fuente: T.U.O. de la Ley N.º 27444.
Elaboración: propia

b.1. El Principio de Uniformidad

Este principio se orienta a que todos los niveles de la Administración (con facultad decisoria principalmente), al estructurar procedimientos similares procuren “homogeneidad” en el establecimiento de requisitos (por ejemplo instancias, tipo de silencios, documentación exigible, tasas, etc.) ello con la finalidad de favorecer la predictibilidad en los administrados en particular y de la ciudadanía en general, así puede concluirse que lo exigido en los procedimientos administrativos deben parecerse lo más posible (Morón Urbina, 2021).

Para el caso, un funcionario con capacidad decisoria en primera instancia no puede inaplicar o apartarse precedentes administrativos (como si lo puede hacer un juez en virtud del artículo 139º de la Constitución política). Entonces, formalmente respeta el ordenamiento administrativo (cumple con el precedente) pero podría estar afectando el interés del administrado por tener una decisión administrativa ajustada a derecho.

b.2. El Principio de Predictibilidad

Dicho principio exige que las autoridades proporcionen información cierta, completa y confiable de cada procedimiento para generar en los administrados la razonable expectativa en la aplicación del Derecho por parte de la Administración pública y así retirar cualquier riesgo de incertidumbre sobre la manera en que se tramita y resuelve la situación sometida a decisión gubernativa.

El principio procura que los administrados, a partir de la información disponible, puedan saber a qué atenerse (Morón Urbina, 2021).

En este sentido, un precedente administrativo genera predictibilidad pero no necesariamente legitimidad porque los precedentes aprobados por “acuerdos plenarios” por su forma de aprobación no son objeto de control jurisdiccional que los dote de legitimidad.

2.2. La organización administrativa del Estado

La organización del Estado peruano es de especial complejidad en lo que corresponde al ejercicio de la función jurisdiccional y la función administrativa y por ello consideramos necesario “otear” la organización del Estado a fin de establecer con meridiana claridad la naturaleza de las decisiones y su incidencia en los ciudadanos.

- a) El Poder Legislativo obviamente, por su propia naturaleza, no emite jurisprudencia y menos precedentes vinculantes.
- b) En el caso del Poder Judicial este ejerce función jurisdiccional y por ello –conforme se ha desarrollado previamente– si tiene la facultad de emitir precedentes judiciales vinculantes, no emite en cambio precedentes administrativos.
- c) El Poder Ejecutivo a través de órganos específicos (principalmente tribunales administrativos) emite precedentes administrativos de observancia obligatoria y serán principalmente estos órganos los que serán materia de análisis en el presente trabajo.

Cabe hacer la precisión en este punto respecto a que la revisión de estos precedentes en sede judicial –conforme se desprende la norma aplicable en materia contencioso-administrativa– no es uniforme²⁷.

²⁷ Con referencia a ello el artículo 9º de la Ley N.º 27584 – Ley del Proceso Contencioso Administrativo ha sido objeto de algunas modificaciones como la del artículo 3º de la Ley N.º 28531 (publicada el 26 de mayo de 2005) que amplió el espectro de entidades e incluía a Tribunal Administrativo, Directorio o Comisión de Protección al Accionista Minoritario de CONASEV.

Después, de conformidad con lo precisado por el artículo único del Decreto Legislativo N.º 1067 (publicado el 28 de junio de 2008) se volvía a variar el alcance y se incluía al Tribunal de Servicio Civil.

Finalmente, conforme a lo previsto en la primera disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1158, ahora el artículo 11º del T.U.O. de la Ley N.º 27584 incluye a la Superintendencia Nacional de Salud.

Con referencia al ejercicio de potestades de tribunales o consejos administrativos para emitir precedentes incidiremos en los siguientes supuestos:

i) Los precedentes en materia tributaria

En este apartado puede precisarse que las resoluciones del Tribunal Fiscal establecen “jurisprudencia de observancia obligatoria”, pero, por la redacción de la normatividad pertinente puede asumirse que gozan también de carácter vinculante las decisiones de las Salas Especializadas, de la Oficina de Atención de Quejas o de los Resolutores - Secretarios de la Oficina de Atención de Quejas.

El ordenamiento aplicable establece además que el Tribunal Fiscal –de presentarse nuevos casos o resoluciones con fallos contradictorios– somete el asunto a debate en Sala Plena para definir el criterio que prevalece y este constituye “precedente de observancia obligatoria”²⁸.

De la revisión de los precedentes administrativos emitidos en materia tributaria se aprecia que se emiten indistintamente respecto a casos concretos o respecto a temas específicos.

Con referencia a los precedentes en materia tributaria en su oportunidad la CSJR²⁹ ha precisado respecto al artículo 154, segundo párrafo del Código Tributario su razonable aplicación por la Sala Plena, ya que, al existir dos resoluciones del Tribunal Fiscal contradictorias, corresponde que en cumplimiento de la citada norma, se convoque a Sala Plena. Se deduce entonces que el Poder Judicial reconoce al precedente vinculante administrativo como un elemento importante en el ejercicio de las funciones y prerrogativas de la administración tributaria.

Pero, cabe también advertir que la CSJR³⁰ en su oportunidad ha corregido el ejercicio de la función de emisión de precedentes vinculantes del

²⁸ Texto Único Ordenado del Código Tributario (Decreto Supremo N.º 133-2013-EF) y la modificatoria aprobada por el Decreto Legislativo N.º 1528, artículo 154º.

²⁹ Casación N.º 24212-2017 Lima publicada en el diario oficial “El Peruano” el 7 de octubre de 2021.

³⁰ Casación N.º 28055-2017 Lima publicada en el diario oficial “El Peruano” el 1 de agosto de 2019.

Tribunal Fiscal al exhortar a la Sala Plena del Tribunal Fiscal para que modifique su “Glosario de Fallos” (que tiene carácter vinculante) rectificando el significado o interpretación que se otorga a los términos “revocar” y “dejar sin efecto” para que se adecue al ordenamiento procesal vigente conforme a los criterios expuestos por la Sala suprema.

ii) Los precedentes en contrataciones con el Estado

En materia de contrataciones con el Estado los acuerdos adoptados en Sala Plena constituyen “precedente de observancia obligatoria” y son aplicados por las entidades involucradas en los procesos de contratación estatal y las Salas del Tribunal. Cabe señalar que conservan su vigencia mientras no sean modificados por acuerdos posteriores de Sala Plena del Tribunal o por norma legal³¹.

Existe sin embargo una zona gris en el ámbito de las contrataciones con el Estado referido a la posibilidad de recurrir a los arbitrajes *ad hoc*³², escenario en el cual correspondería evaluar si los criterios fijados como precedente administrativo en materia de contrataciones con el Estado vinculan o no a los arbitrajes.

iii) Los precedentes en materia de servicio civil

Los pronunciamientos que la Sala Plena del Tribunal del Servicio Civil lo determine constituyen “precedentes administrativos de observancia obligatoria” y deben ser aprobados con la mitad más uno del número total de vocales³³.

En este caso se ha podido verificar que los precedentes emitidos por el Tribunal se han emitido en función de temas y no de casos y un caso interesante para análisis es el que corresponde al precedente referido a la

³¹ Al respecto puede revisarse el Decreto Legislativo N.º 1444, en su artículo 59º y lo precisado en el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF en su artículo 130º

³² Artículo 184.3º del Decreto Supremo N.º 056-2017-EF que modificó el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

³³ Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N.º 008-2010-PCM modificado por el Decreto Supremo N.º 135-2013-PCM y por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, artículo 4º.

aplicación de eximentes y atenuantes en el régimen disciplinario de la Ley N.º 30057 – Ley del Servicio Civil³⁴.

Al respecto el problema es que la mayor parte de entidades de la administración pública al momento de evaluar la gradualidad de la sanción aplican los criterios precisados en la Ley del Servicio Civil y su reglamento, pero no verifican la concurrencia de las eximentes o atenuantes de responsabilidad aplicables al régimen disciplinario pese a que su obligatoriedad se encuentra prevista en el reglamento.

Como lo ha señalado el profesor Morón, las circunstancias eximentes y atenuantes permiten ponderar conforme al principio de razonabilidad de la responsabilidad (Morón Urbina, 2021, p. 525). Cabe al respecto advertir que cuando estamos ante una **eximente** se asume que estamos ante un supuesto que exonera o libera de responsabilidad a aquel que ha cometido una infracción; en cambio la **atenuante** hace referencia a una circunstancia que reduce o aminora la responsabilidad administrativa. Queda claro que las consecuencias de aplicación de ambas figuras son distintas.

Ahora, en el caso referido, si se trata de determinar la norma aplicable consideramos atendible asumir que las normas especiales podrán regular reglas específicas procedimentales, pero que no pueden desconocer el núcleo duro de la norma común; por ejemplo, principios, garantías constitucionales del debido procedimiento sancionador y reglas básicas de conceptos como la prescripción, eximentes y atenuantes de responsabilidad, entre otras normas comunes (Huapaya Tapia, Sánchez Povich, & Alejos Guzmán, 2018, p. 583).

El criterio reconocido en el precedente puede ser cuestionable, pero para lograr un pronunciamiento en sede judicial sería necesario iniciar, instruir y concluir un procedimiento administrativo disciplinario en el que se aplique el referido precedente para logra su revisión en sede judicial, lo que permite verificar una premisa de análisis en el trabajo, ya que un

³⁴ Resolución de Sala Plena de 002-2021-SERVIR/TSC, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 19 de diciembre de 2021.

precedente aprobado en base a un tema y no respecto a un caso concreto puede desnaturalizar al precedente y permitir que en el ordenamiento subsistan razonamientos que pueden ser cuestionables y que no son objeto de control judicial.

iv) Los precedentes del Tribunal de Indecopi

En el caso de Indecopi podemos precisar que su marco normativo permite que Comisiones y Oficinas aprueben “pautas” o “lineamientos” que, sin tener carácter vinculante, orientan sobre los alcances y criterios de interpretación de normas³⁵.

Ahora, con referencia a los precedentes vinculantes se precisa en su normatividad que constituyen “precedente de observancia obligatoria” los actos administrativos de una Comisión, Oficina o del Tribunal que resuelven casos particulares en los que se interprete de manera expresa y con carácter general el sentido de la legislación³⁶.

Respecto al Tribunal de Indecopi se ha precisado que las Salas del Tribunal tiene entre sus funciones expedir “precedentes de observancia obligatoria” que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación incluye además una regla que consideramos sumamente interesante y que podría implementarse en otras entidades administrativas referido a que el Tribunal conoce en consulta precedentes emitidos por Comisiones³⁷.

Con referencia a las Comisiones³⁸ se precisa que pueden emitir “precedentes de observancia obligatoria” que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia. Se advierte además que cuando una Comisión de

³⁵ Decreto Legislativo N.º 807 - Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 18 de abril de 1996, artículo 9º.

³⁶ Ibidem, artículo 43º.

³⁷ Decreto Legislativo N.º 1033 - aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 18 de abril de 1996, artículo 14º (el literal d) fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1308, publicado el 30 diciembre 2016).

³⁸ Decreto Legislativo N.º 1033, artículo 21º (el literal j) fue incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1308, publicado el 30 diciembre 2016).

Protección al Consumidor emite una decisión en la que establezca un “precedente de observancia obligatoria” y la resolución final sea impugnada, la Sala Especializada se pronunciará sobre el mismo al emitir su decisión final y en el supuesto que no se interponga recurso de apelación se remite de oficio el expediente para que el Tribunal se pronuncie al respecto.

Al respecto se puede apreciar que siguen un esquema similar al de la consulta de sentencias en las que los jueces de primera instancia ejercen control difuso y que deben elevarse para que la Sala competente se pronuncie respecto a la actividad jurisdiccional del órgano inferior, consideramos al respecto que es una práctica interesante en sede administrativa (Indecopi) que puede replicarse en las demás entidades administrativas.

v) Los precedentes de los Organismos Reguladores

En el caso de los Tribunales administrativos de Organismo reguladores se ha podido verificar a modo de ejemplo que en los casos de Osiptel³⁹ y de Osinerg⁴⁰ se siguen criterios similares a los utilizados en los tribunales administrativos previamente desarrollados.

- d) Los gobiernos subnacionales (Gobiernos regionales) si bien ejercen función administrativa por la propia organización de sus funciones no ejercen jurisdicción y no emite precedentes administrativos.
- e) Con referencia a los organismos constitucionalmente autónomos consideramos necesario efectuar algunas precisiones operativas:
 - i) El Tribunal Constitucional ejerce jurisdicción en materia constitucional y –conforme se ha precisado en apartado anterior– emite precedentes

³⁹ Al respecto puede revisarse la Resolución de Consejo Directivo N.º 108-2022-CD/OSIPTTEL - Aprueban la “Norma que modifica el Reglamento Interno del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios, aprobado por Resolución N.º 102-2017-CD/OSIPTTEL”, artículo 11, numeral 1, literal a; y el Decreto Supremo N.º 008-2001-PCM - Aprueban el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTTEL, artículo 109º. Asimismo, la Resolución de Consejo Directivo N.º 136 -2011-CD/OSIPTTEL Reglamento General del OSIPTTEL para la Solución de Controversias entre Empresas del 27 de octubre de 2011, artículo 91º.

⁴⁰ Decreto Supremo N.º 054-2001-PCM Aprueban el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 9 de mayo de 2001, artículo 100.

constitucionales vinculantes y doctrina jurisprudencial constitucional en materia constitucional con procedimientos y criterios preestablecidos en la legislación y su jurisprudencia.

- ii)** El Jurado Nacional de Elecciones ejerce jurisdicción en materia electoral⁴¹ y conforme se desprende del texto constitucional, sus decisiones no son revisables en sede judicial⁴² y no procede contra ellas recurso alguno⁴³. Se podría deducir entonces que primordialmente sus decisiones son de naturaleza jurisdiccional y por tanto no emiten precedentes administrativos técnicamente.

La Oficina Nacional de Proceso Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil como organismos constitucionalmente autónomos integrantes de la organización electoral⁴⁴ tiene una ubicación muy peculiar en nuestro sistema que les permite por ejemplo generar contiendas competenciales que requerían la intervención del Tribunal Constitucional, pero en el ejercicio de función administrativa no tiene un órgano que pueda generar pronunciamientos con el carácter de precedente administrativo.

En este apartado corresponde hacer mención a un curioso proyecto de ley⁴⁵ presentado por el Jurado Nacional de Elecciones que planteaba la posibilidad de implementar el “Precedente Electoral Vinculante” que vincularía a los jurados electorales especiales.

- iii)** El Ministerio Público por la especial naturaleza de las funciones encomendadas vinculadas a la defensa de la legalidad, la representación de la sociedad en juicio y la persecución del delito entre otras⁴⁶, no emite precedentes administrativos o jurisdiccionales.
- iv)** La Defensoría del Pueblo emite opiniones, exhortaciones que no gozan de ejecutividad (no son actos administrativos) y por la propia naturaleza de sus funciones no emite precedentes vinculantes⁴⁷.

⁴¹ Ello se desprende del artículo 181 de la constitución Política del Perú de 1993 y Ley N.º 26486 - Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones artículo 2º, segundo párrafo.

⁴² Artículo 142º

⁴³ Artículo 181º

⁴⁴ Constitución Política del Perú artículo 177º

⁴⁵ Proyecto de Ley N.º 2825-2017-JNE del 8 de mayo de 2018.

⁴⁶ Decreto Legislativo N.º 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 1º.

⁴⁷ Artículo 162º.

- v) La Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura) como organismos constitucionalmente autónomo –a diferencia del Jurado Nacional de Elecciones– ejerce una función que puede considerarse administrativa y emite precedentes administrativos; pero, sus decisiones, conforme lo establece nuestra Constitución política no son revisables en sede judicial⁴⁸ y su resolución, final, motivada y con previa audiencia del interesado es inimpugnable⁴⁹.
- vi) En el caso del Banco Central de Reserva del Perú por la especial naturaleza de las funciones que tiene encomendadas en nuestro sistema constitucional⁵⁰ si bien ejerce función administrativa la naturaleza de dicha función no genera precedentes vinculantes.
- vii) En el caso de la Contraloría General de la República a través del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas emite precedentes administrativos vinculantes⁵¹ recurriendo a la figura del “acuerdo plenario” (es decir se emiten precedentes en función de temas y no de un caso concreto) y se entiende que para impugnarse en el marco de un proceso contencioso administrativo tendría que ser invocado en un caso concreto.

III. Propuestas

3.1. Aportes del Precedente Judicial

El artículo 400° del Código Procesal Civil que en su redacción original hacía referencia a “doctrina jurisprudencial” y en su modificación al “precedente judicial”, ello sin embargo no es lo llamativo de la modificación sino la parte referida al órgano competente y es que en la redacción original la emisión del precedente le correspondía a los vocales de la Sala Plena⁵² y con la modificación corresponde la función de emitir precedente a los magistrados supremos civiles (sin hacer referencia a si son titulares o provisionales).

El artículo 443° del Código Procesal Penal ha precisado respecto al contenido de la sentencia casatoria y pleno casatorio que su promoción es de oficio o a

⁴⁸ Artículo 142°

⁴⁹ Artículo 154 numeral 3°.

⁵⁰ Artículos 83° a 85°.

⁵¹ Resolución de Contraloría N.° 100-2018-CG. Artículo 28° literal k)

⁵² De conformidad al artículo 79° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Plena está conformada únicamente por los vocales titulares de la Corte Suprema.

pedido del Ministerio Público de la emisión de pronunciamientos que constituirían **doctrina jurisprudencial vinculante**. Se regula además el supuesto vinculado al pronunciamiento en un recurso de casación que implique la convocatoria al **Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la CSJR**.

La verificación de criterios discrepantes sobre interpretación o aplicación de una norma (de oficio o a solicitud del Ministerio Público o de Defensoría del Pueblo) puede dar lugar al **Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la CSJR**.

3.2. Aportes del Precedente Constitucional

Con referencia a ello resulta de especial interés el criterio del Tribunal Constitucional⁵³ que ha precisado algunos conceptos operativos utilizados por el TC.

Se ha precisado como condiciones del uso del precedente constitucional vinculante las siguientes: **a)** que exista relación entre caso concreto y precedente vinculante; y **b)** que la decisión del TC goce de autoridad de cosa juzgada.

El cambio de precedente vinculante está sujeta a la verificación de los mismos presupuestos utilizados para el establecimiento de un precedente vinculante.

Con referencia a las técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para variar sus criterios interpretativos es necesario hacer referencia al criterio consolidado del Tribunal Constitucional⁵⁴:

Finalmente, en los sistemas donde el precedente es fuente principal, se han previsto mecanismos para moderar su aplicación como el *distinguishing* en el caso de los tribunales inferiores para casos concretos, y se han desarrollado mecanismos que permiten el cambio o modificación de precedentes recurriendo al uso del *overruling*. El cambio de precedente es también una práctica habitual en los Tribunales Constitucionales de los sistemas del civil law.

⁵³ Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º Expediente N.º 00024-2003-AI/TC (Caso "Municipalidad Distrital de Lurín").

⁵⁴ Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 3361-2004-AA/TC.



Conclusiones

1. En el caso de los precedentes judiciales y constitucionales se aprecia como similitud que requiere de una mayoría calificada y el mecanismo de aprobación es con la intención de desarrollar una función nomofiláctica.

Se advierte como diferencia que los mecanismos de emisión de precedentes judiciales tienden a ser dispersos en función de la especialidad y la modificación o supresión de precedentes está sujeto a un alto margen de discrecionalidad. La emisión del precedente constitucional en cambio, tiende a ser uniforme incluso en los mecanismos de modificación o supresión de precedentes.

Para el caso de los precedentes administrativos la alta especialización en sectores administrativos en los cuales inciden las decisiones de la administración hace difícil aplicar un único marco normativo y se aplican indistintamente esquemas han permitido la emisión de precedentes en función de temas o de casos concretos.

2. Es necesario delimitar adecuadamente los alcances del concepto de jurisprudencia y de precedente en el ámbito administrativo. Consideramos que utilizar el término jurisprudencia no resulta técnicamente apropiado en el ya que este se vincula con el ejercicio de función jurisdiccional y no con el ejercicio de potestades administrativas.

Asimismo, consideramos que el término “precedente”, a fin de procurar mayor claridad en beneficio de los administrados, debe reservarse para pronunciamientos respecto a casos concretos lo que permitiría interpolar –con las precisiones del caso– técnicas como el *distinguishing* y el *overruling* (esta última se aplica, pero sin invocarla con su denominación) en la aplicación de precedentes administrativos por parte de Tribunales Administrativos.

Finalmente, los criterios interpretativos aprobados por sala plena (en temas y no en casos concretos) a fin de procurar coherencia en el ordenamiento administrativo podría optar por denominaciones como “lineamientos interpretativos” o “doctrina del Tribunal Administrativo” que orientarían el actuar de los administrados pero no limitaría el ejercicio de sus derechos.

3. Los Tribunales Administrativos al establecer precedentes vinculantes vía acuerdos de sala plena sobre temas y no sobre casos concretos ejercen una potestad reglamentaria o cuasi legiferante que genera una zona gris que puede generar una grave afectación al principio del debido procedimiento administrativo y a la tutela jurisdiccional efectiva.

En el supuesto que un administrado pudiera verse afectado con el criterio interpretativo aprobado en sala plena, estaría ante la disyuntiva de cuestionar el precedente vía acción popular (por la naturaleza reglamentaria que reviste en el fondo) o tendría que agotar la vía administrativa para esperar que el precedente cuestionado sea aplicado a su caso y luego obviamente recurrir a la vía judicial para cuestionar el criterio interpretativo aplicado a su caso con el evidente costo de recursos y tiempo.

4. Es necesario delimitar claramente desde cuándo se encuentra vigente un precedente vinculante, en el marco normativo actual:

Así en el caso de precedentes aprobado en base a un caso concreto tenemos dos momentos que son necesarios evaluar: primero desde que el acto adquiere la firmeza de la cosa decidida (su inimpugnabilidad) y permitiría que el criterio interpretativo se pueda aplicar a casos similares en trámite; o como segundo criterio, desde su publicación conforme lo establece la normatividad pertinente.

Ahora, en el caso de precedentes aprobados en base a temas a través de acuerdos plenarios o de sala plena puede generar dos escenarios: primero que se aplique el precedente al caso concreto lo que implica que estaríamos ante un caso que hubiera justificado una adecuada motivación del precedente y hubiera desarrollado por ejemplo *obiter dicta* y *ratio decidendi* en un caso concreto; segundo que no se invoque o use el precedente porque no se generan casos que hagan posible su aplicación lo que no necesariamente se debe a que el administrado tenga conocimiento de su existencia sino tal vez porque no existen casos que justifiquen la necesidad y relevancia del precedente dictado en base a temas.

5. Como propuestas que pueden implementarse consideramos que puede evaluarse las siguientes opciones: i) la utilización de mecanismos de

convocatoria a sala plena y mayoría calificada para la aprobación, modificación o supresión de precedentes; **ii)** la implementación de un mecanismo de control de legalidad (con similitudes al mecanismos de control difuso del Poder Judicial) que permita que en situaciones excepcionales (pro administrado por ejemplo), el órgano de primera instancia inaplique el precedente administrativo y eleve en consulta su decisión al Tribunal Administrativo; **iii)** las modificaciones legislativas para mayor precisión conceptual que indiquen que el precedente vinculante se emite en casos concretos y que en aplicación de los principios de uniformidad y predictibilidad los tribunales administrativos puedan emitir lineamientos o criterios interpretativos sobre temas específicos para la aplicación de los órganos inferiores y que de ser aplicables a un caso concreto en última instancia administrativa corresponderá al Tribunal Administrativo indicar si constituye precedente vinculante.



Bibliografía

- Barker, R. (2014). Precedente y su significado en el Derecho constitucional de los Estados Unidos. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Barra, R. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Abaco.
- Beladiez Rojo, M. (2010). Los principios jurídicos. Pamplona: Civitas - Thomson Reuters.
- Bravo-Hurtado, P. (2013). Hacia los Precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 40, 549-576. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200008>
- Cairampoma Arroyo, A. (2014). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. (F. d. Perú, Ed.) *Derecho PUCP*(73), 483-504.
- Calderón Puertas, C. (2020). La Casación Civil y la Misión de la Corte Suprema. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Campos Bernal, H. (2016). Las razones detrás del precedente: el Tribunal Constitucional y la justificación (acrítica) de los precedentes vinculantes en nuestro sistema jurídico. *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (pp. 221-234). Lima: Palestra editores.
- Carbonell Bellolio, F. (2022). Variaciones sobre el Precedente Judicial. Una mirada desde el sistema jurídico chileno. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (16), 9-38. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17028>
- Cárdenas Manrique, C. (Diciembre de 2016). El sistema de precedentes y principales instituciones acogidos por el Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional* (108), 214- 221.
- Cassagne, J. (2017). Derecho Administrativo (Segunda edición ed.). Lima: Palestra Editores.
- Castillo Córdova, L. (2022). Las Interpretaciones Vinculantes y Concretadoras de la Constitución como Normas Constitucionales . En Precedentes y Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica S. A.
- Cruces Burga, A. (2017). Precedentes sin precedente: los casos sustancialmente iguales como causal de rechazo de los recurso de agravio constitucional. *Themis*, 183-193. <https://doi.org/10.18800/themis.201701.012>
- Delgado Suarez, C. (2015). Modelos de cortes supremas y revocación de precedentes vinculantes. *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación* (pp. 243-263). Lima: Palestra Editores.
- Díaz García, L. (2021). El civil law frente al precedente judicial vinculante: diálogos académicos de América Latina y Europa. *Derecho PUCP* (87), 105-138. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202102.004>
- Diez-Picazo, L. (1982). La doctrina del precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*(98).
- Díez Sastre, S. (2008). El precedente administrativo. Fundamentos y Eficacia Vinculante (Primera ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2022). Precedente y Civil Law: un camino por recorrer. Reflexiones sobre el precedente a partir de los trabajos de Flavia

- Carbonell y Rodrigo Camarena. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (16), 69-84.
<https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17031>
- Gordillo, A. (2017). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas (Primera edición ed., Vol. 1). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Grandez Castro, P. (2015). Para una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional. *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación* (pp. 265-276). Lima: Palestra Editores.
- Graziadei, M. (2015). Poder Judicial, sujeción del juez a la ley, y vinculación al precedente: una reflexión histórico comparativa sobre la justicia y sobre la garantía de los derechos. *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación* (pp. 205-212). Lima: Palestra Editores.
- Guilherme Marinoni, L. (2013). Precedentes Obligatorios. Lima: Palestra editores.
- Guilherme Marinoni, L. (2015). El precedente interpretativo. *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación* (pp. 213-232). Lima: Palestra Editores.
- Guilherme Marinoni, L. (2017). La ética de los precedentes (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Guzmán Napurí, C. (2017). Artículo V. Fuentes del Procedimiento Administrativo. En Comentarios al TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Jurista Editores.
- Guzmán Napurí, C. (2020). Procedimiento Administrativo General. Lima: Instituto Pacífico.
- Huapaya Tapia, R. (2013). Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación (Segunda edición ed.). Lima: Ara Editores.
- Huapaya Tapia, R., Sánchez Pavis, L., & Alejos Guzmán, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En A. P. Administrativo, El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano (págs. 581-604). Lima: Palestra.
- 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. *Themis* (67), 309-318.
- Iturralde, V. (Agosto de 2013). Precedente Judicial. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* (4), 194-201.
- Morales Saravia, F. (2017). Los precedentes constitucionales vinculantes y su aplicación por el TC. (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Morón Urbina, J. (2021). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Décimo sexta ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incompreensión. *Derecho PUCP* (84), 303-336.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.010>
- Núñez Vaquero, Á. (2022). Sobre la regla y el uso de los precedentes. Comentarios al margen de los trabajos de Fabio Pulido Ortiz y Silvia Zorzetto. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (16), 151-189.
<https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17034>

- Ortiz Díaz, J. (1954). El Precedente Administrativo. *Revista de Administración Pública* (24).
- Parada, R. (2002). *Derecho Administrativo I*. Barcelona: Marcial Pons.
- Pulido Ortiz, F. (2022). ¿Es necesaria la regla del precedente? *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (16), 129-154.
<https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17033>
- Ramírez Figueroa, J. (2020). Los Hechos en el Precedente. Fundamentos para un uso adecuado del precedente constitucional. Lima, Perú: Yachay Legal.
- Ramírez Sánchez, F. E. (Enero de 2016). La técnica del precedente constitucional vinculante y las formas de apartamiento. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* (97), 36-47.
- Rojas Marroquín, A. (2021). Precedente, analogía y razones para actuar. Comentarios sobre la propuesta de Frederick Schauer. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (15), 307-342.
<https://orcid.org/0000-0002-4934-9882>
- Ruíz Riquero, J. (2021). La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia (Primera ed.). Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Sánchez Gil, R. (2020). El precedente judicial en México, Fundamento constitucional y problemas básicos. *Cuestiones Constitucionales* (43), 377-432.
<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.43.15189>
- Sánchez Morón, M. (2013). *Derecho Administrativo. Parte General* (Novena edición ed.). Madrid: Tecnos.
- Santofimio Gamboa, J. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tercera edición ed., Vol. 1 y 2). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. (2010). *La Fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano* (Primera edición ed., Vol. 11). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Saucedo Maqueda, V. (2019). Breve historia del Precedente en Inglaterra. *Revista de Historia Constitucional* (20), 757-768.
- Taruffo, M. (Diciembre de 2016). Consideraciones sobre el Precedente. *Ius et Veritas* (53), 330-342.
<https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.020>
- Tirado Barrera, J. (2010). El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En A. P. Administrativo, *Modernizando el Estado para un país mejor* (págs. 133-149). Lima: Palestra Editores.
- Villar Palasí, J. (1968). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad de Madrid.
- Zaneti, H. J. (2015). *El Valor Vinculante de los Precedentes*. Lima: Raguel ediciones.
- Zorzetto, S. (2022). Argumentos Jurídicos y Precedentes Jurisprudenciales. Un experimento de sociología judicial, entre la práctica y la teoría. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (16), 85-128.
<https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16.17032>