

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

TÍTULO

**Una historia de desconfianza:
El precedente constitucional a través del Análisis Cultural
del Derecho**

Tesis para optar por el Título de Abogado que presenta el Bachiller:

EDWARD ALEXANDER DYER CRUZADO

**Asesor:
GORKI YURI GONZALES MANTILLA**

LIMA, AGOSTO DEL 2014

A mis padres.

*Por todo el apoyo brindado y porque
todo lo bueno que hay en mí
proviene de ellos.*



Si tiene que hacer algo fuera de lo normal y no puede esperar, no pierda el tiempo con los hombres; ellos se basan en lo que su tío llama las reglas y los casos. Acuda a las mujeres y a los niños; ellos se basan en las circunstancias.

-Fragmento de *Intruso en el polvo*, de William Faulkner.



Una historia de desconfianza:

El precedente constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Introducción | p. 6. |
| Capítulo 1: Presentando al Análisis Cultural | p. 9. |
| 1.1. Ubicación del problema acerca del precedente constitucional | p. 9. |
| 1.1.1. Las miradas epistemológicas hacia lo jurídico | p. 10. |
| 1.1.2. El lugar de la filosofía del Derecho | p. 12. |
| 1.1.3. El valor de la dogmática jurídica | p. 17. |
| 1.1.3.1. El impacto del formalismo jurídico en el constitucionalismo | p. 21. |
| 1.1.3.2. Dogmática hermenéutica | p. 29. |
| 1.2. El análisis cultural del Derecho como enfoque externo no comprometido | p. 37. |
| 1.2.1. De la actitud necesaria para aprehender la cultura en el Derecho | p. 38. |
| 1.2.2. Génesis del discurso que fundamenta la idea del Estado de Derecho | p. 45. |
| 1.2.3. Razón y legitimidad como compromisos ineludibles en el Estado de Derecho | p. 55. |
| 1.2.4. Foucault <i>meets pragmatism</i> | p. 68. |
| 1.2.4.1. Del discurso y la genealogía | p. 68. |
| 1.2.4.2. Cultura como conjunto de creencias compartidas | p. 85. |
| Capítulo 2: El precedente en la tradición jurídica del <i>common law</i> | p. 100. |
| 2.1. Nociones preliminares del <i>stare decisis</i> | p. 100. |
| 2.1.1. Entre mitos y verdades | p. 101. |
| 2.1.2. Un pasado común: la influencia del derecho romano en el precedente | p. 102. |
| 2.2. El caso de Inglaterra: el poder de la razón | p. 107. |
| 2.2.1. Distinguiendo el <i>case-law</i> de la doctrina del precedente | p. 107. |
| 2.2.2. Las fuentes de derecho y la jerarquía de las cortes en Inglaterra | p. 111. |
| 2.2.3. El <i>stare decisis</i> y el nuevo escenario de la Corte Suprema del Reino Unido | p. 118. |
| 2.2.4. El <i>common law</i> no necesitó de la doctrina del precedente para desarrollarse | p. 121. |
| 2.3. El caso de Estados Unidos: el reconocimiento progresivo de la fuerza vinculante | p. 129. |

| | | |
|---------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 2.3.1. | Principios básicos y conceptos mínimos del <i>case-law</i> norteamericano | p. 129. |
| 2.3.2. | Estructura del sistema judicial federal norteamericano | p. 131. |
| 2.3.3. | La vinculación vertical y horizontal del precedente | p. 134. |
| 2.3.4. | Los años del surgimiento del <i>stare decisis</i> : 1800-1850 | p. 141. |
| Capítulo 3: El precedente constitucional peruano | | p. 149. |
| 3.1. | Cambios institucionales y el desarrollo del discurso sobre la jurisprudencia | p. 149. |
| 3.1.1. | Los primeros cambios en la jurisprudencia peruana | p. 150. |
| 3.1.2. | La transformación de la jurisprudencia en los albores del siglo XXI | p. 159. |
| 3.2. | El contexto de recepción del precedente constitucional | p. 173. |
| 3.2.1. | Inocencia interrumpida: los inicios de la justicia constitucional peruana | p. 174. |
| 3.2.2. | Un guardián atado de manos: El Tribunal Constitucional de los años 90 | p. 186. |
| 3.3. | La estructura de un precedente <i>made in Peru</i> | p. 198. |
| 3.3.1. | Un supremo problema: el Tribunal Constitucional como supremo intérprete | p. 199. |
| 3.3.2. | El secreto de sus ojos: el precedente visto por el Tribunal Constitucional | p. 210. |
| 3.3.3. | Un precedente que socava la legitimidad del Tribunal Constitucional | p. 219. |
| 3.3.4. | Un precedente regla o la consolidación del paternalismo judicial | p. 229. |
| 3.4. | El impacto de una creencia negativa compartida | p. 245. |
| 3.4.1. | Un antecedente engañoso: el precedente del Indecopi | p. 246. |
| 3.4.2. | El sujeto no ha muerto: Juan Monroy desafía a Foucault y a Dworkin | p. 284. |
| Anexo | | p. 329. |
| Bibliografía | | p. 336. |

Introducción

Imagine un sistema legal en el que se reconozca que la jurisprudencia constitucional es fuente de Derecho y que como tal, debe ser respetada no solo por todos los jueces, sino por todos los funcionarios y órganos del Estado. Imagine además, que en este sistema legal la corte que emite los precedentes cuenta con la potestad de seleccionar qué sentencias merecen el carácter de precedentes vinculantes y cuáles no. Por si fuera poco, dicho sistema legal, preocupado por generar seguridad jurídica al milímetro, concibe la parte vinculante del precedente como un instrumento que se expresa bajo la fórmula de una regla claramente delimitada, elegida por la misma corte que dicta el precedente.

Los mecanismos para hacer cumplir el precedente constitucional de este sistema legal son muy rígidos y por lo tanto eficaces. No solo se conmina a los jueces a seguir cabalmente las reglas generales que contienen la parte vinculante del precedente constitucional, sino que se castiga con nulidad a las sentencias que, habiendo adquirido carácter de cosa juzgada, no siguieron el contenido vinculante del precedente. Incluso, se han establecido normas administrativas de sanción dirigidas a aquellos jueces que desobedecen el precedente constitucional, que pueden conducir a la destitución de dichos magistrados.

Imagine ahora un segundo sistema legal en el cual la discusión acerca de si la jurisprudencia es una fuente de Derecho o no, resulta irrelevante. En este segundo sistema legal los casos considerados precedentes son usados como argumentos que acompañan a las pretensiones de las partes, manteniéndose abiertos a la interpretación que el juez crea conveniente aplicar. Imagine también, que en este sistema legal un precedente es dejado de lado inmediatamente si una ley dictada por el Parlamento postula el sentido contrario de lo que dicta el precedente judicial.

Respecto a las sanciones, este segundo sistema legal no cuenta con una disposición normativa que obligue a los jueces a fundamentar con razones claras y prolijas las sentencias que expiden. Por supuesto, en este sistema legal tampoco se conoce de ninguna norma administrativa que sancione –y menos destituya- a ningún juez por no seguir un precedente específico, ni siquiera el de la Corte Suprema.

Si aún no lo ha adivinado, el primer sistema legal corresponde al peruano, mientras que el segundo al inglés. Aún cuando es una amplia creencia compartida asumir que la jurisprudencia juega un rol más importante que la ley en los sistemas que pertenecen a la familia del *common law*, muchos ignoran que en Inglaterra una ley del Parlamento puede “deshacer” un precedente de la Corte Suprema. Igualmente, a muchos les podría parecer contradictorio aseverar que el sistema legal peruano se caracteriza por ser uno que hunde sus raíces en la tradición del *civil law*, y que por lo tanto en este, la jurisprudencia no sería considerada como “fuente de Derecho”, pero en el cual, sin embargo, resulta perfectamente posible que mediante un proceso de amparo se declare la nulidad de una sentencia que no ha seguido un precedente constitucional.

Una investigación constitucional tradicional analizaría de manera crítica el impacto que esta nueva institución jurídica ha causado en otras instituciones o en otros principios constitucionales; como por ejemplo, el impacto que el precedente genera en la independencia judicial. Nada de eso debe esperar el lector en las siguientes páginas. Aunque un análisis dogmático de alta calidad será necesario para mostrar los rasgos de la institución que aquí interesa estudiar, aquello que analizaré excederá los límites de la dogmática.

La preocupación del presente estudio se centra en el significado que la emergencia de una institución ajena a la tradición del *civil law* tuvo –y tal vez mantiene- en nuestra cultura jurídica. El objeto central será, en este sentido, averiguar aquello que hizo posible que el precedente constitucional emergiera de la forma en la que lo hizo, con las características antes descritas. Para llegar a una respuesta satisfactoria será necesario revisar los antecedentes inmediatos de nuestra justicia constitucional, así como prestar atención a la respuesta inmediata que tuvo el precedente constitucional de parte de los principales actores jurídicos. La respuesta a todas estas interrogantes nos revelará rasgos importantes de nuestra cultura jurídica.

Aunque el presente estudio se divide en tres capítulos, es posible identificar dos apartados temáticos generales: uno relativo a la exposición de la teoría del análisis cultural (primer capítulo) y otro donde se desarrolla la aplicación de la teoría (capítulos dos y tres). El primero se ocupa de la delimitación del enfoque del Análisis Cultural del Derecho, elaborado por el Profesor Paul Kahn de la Universidad de Yale, en el que cobra especial importancia el aporte de la genealogía del discurso de Michel Foucault.

El segundo puede comprenderse como las bases que sostienen un estudio comparado entre la emergencia del precedente en el *common law* y la emergencia del precedente constitucional en el Perú. El tercer y último capítulo es la aplicación de la metodología del Análisis Cultural del Derecho al caso del precedente constitucional peruano. Asimismo, el presente estudio ofrecerá a manera de aporte metodológico, la incorporación de la herramienta analítica de las creencias (*beliefs*), como clave fundamental para estudiar los rasgos que componen una determinada cultura jurídica.

Las siguientes páginas intentan demostrar que aquello que hizo posible la aparición de un precedente constitucional sumamente rígido en su estructura, como lo es el precedente constitucional peruano, fue la creencia compartida (negativa) de la desconfianza en el juez ordinario. En esta línea, rescatar la importancia que tienen las creencias compartidas para estudiar los rasgos fundamentales de las prácticas jurídicas es algo que espero, se desprenda de la solidez de los fundamentos metodológicos que aquí se exponen.

Por último, quisiera agradecer el apoyo, la orientación y la confianza académica depositada por Gorki Gonzales, quien no solo ha sido el asesor de esta investigación, sino la persona que despertó mi interés por la Teoría del Derecho desde mi paso por la facultad de Derecho de la PUCP. De la misma manera, deseo agradecer a Bruno Debenedetti, con quien intercambiamos puntos de vista sobre el análisis cultural y contextual durante largas y valiosas horas. A Nadia Napurí le guardo una inmensa deuda y le estaré siempre agradecido por el apoyo y la preocupación mostrada a lo largo de este difícil camino.

Capítulo 1: Presentando al Análisis Cultural

1.1. Ubicación del problema acerca del precedente constitucional

Desde la introducción del precedente constitucional, en el año 2004, han proliferado estudios y análisis acerca de su estructura y de sus alcances normativos. La gran atención que capturó en el medio académico nacional no pudo resultar extraña a nadie, pues se trató de un cambio fundamental en el trato que la jurisprudencia constitucional adquirió y en el poder que los magistrados constitucionales ganaron como integrantes del Tribunal Constitucional. Dicha institución adquirió una herramienta nueva para consolidar el gravitante rol que cumpliera en la defensa del Estado de Derecho y de los Derechos Fundamentales durante la década de los 90; sobre todo, luego de que recuperara su autonomía durante los primeros años del 2000¹.

La fuerza vinculante que fue introducida a través del Código Procesal Constitucional a aquellas sentencias del Tribunal Constitucional designadas (por este) como “precedentes vinculantes”, fue un cambio en el sistema de fuentes de derecho que mereció una explicación que, sin embargo, ha sido parcial. Mientras los análisis tradicionales han intentado explicar la -mal llamada- “naturaleza jurídica” del precedente constitucional peruano y la transición de una visión de la jurisprudencia eurocontinental hacia una que incorpora elementos del *case law* del *common law*, nunca se postuló como interrogante académica el conocer las bases culturales que hicieron posible ese cambio cualitativamente tan importante y sobre todo, que permitieron su recepción y autocomprensión por parte de los agentes jurídicos: abogados, jueces, profesores y alumnos de Derecho.

¹ Aunque me ocuparé de este episodio de la temprana historia de nuestra justicia constitucional en el siguiente capítulo, resulta importante destacar como referencia bibliográfica el análisis que hace el profesor Pedro Grández respecto al “Tribunal en cautiverio”, período que responde a la destitución de los tres magistrados del Tribunal Constitucional que se opusieron a la Ley 26657, denominada como la “ley de interpretación auténtica” que emitiera el Congreso de la República para permitir la re-reelección de Alberto Fujimori, a pesar de lo expresamente dispuesto (en sentido contrario) en el artículo 112 de la Constitución Política de 1993. En: GRÁNDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra editores, 2010.p.59 y siguientes. Recientemente, otro análisis sobre la materia y sobre el impacto del gobierno de Alberto Fujimori en nuestra justicia constitucional se puede encontrar en: SAMTLEBEN, Jürgen. *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in Peru nach Fujimori*. Artículo cuya traducción al español se encuentra bajo mi responsabilidad y que será publicado próximamente por la revista *ius et veritas* en su edición N° 47.

En otras palabras, nunca se postuló la interrogante acerca de qué ideas jurídicas y extra-jurídicas, qué instituciones y qué contexto histórico específico estuvieron involucrados en la producción de esta nueva institución jurídica; de manera que estos elementos que puedan explicarnos mejor, las características no solo formales, sino sustanciales de nuestra práctica del Derecho, de nuestra forma de ver el derecho, en suma: de nuestra cultura jurídica.

En orden de conocer las premisas metodológicas que el análisis cultural brinda para abordar esta clase de interrogantes, resultará enriquecedor ubicar su posición dentro del espectro de la epistemología jurídica. Y debido a que esta investigación no tiene como objeto a la epistemología jurídica en sí, me enfocaré en contrastar las ventajas metodológicas que ofrece el análisis cultural comparándolo con la filosofía del derecho, la dogmática jurídica y lo que denominaré como “análisis externo no comprometido con el resultado” del Derecho, dentro del cual, además del análisis cultural, se puede encontrar a la sociología del derecho, la antropología del derecho o al análisis económico del derecho.

1.1.1. Las miradas epistemológicas hacia lo jurídico

A efectos de poder captar de mejor manera la distinción principal entre estos enfoques o niveles de análisis, empezaré por estudiar la relación acerca de los enfoques internos y externos del análisis jurídico, para luego pasar a examinar con detenimiento los elementos constitutivos del análisis cultural.

No ha existido tarea más difícil de afrontar en el Derecho, y cuyos resultados hayan abierto nuevas discusiones con posiciones antagónicas dentro de la comunidad académica, que la consagrada a analizarlo introspectivamente como disciplina. Puede haber, y de hecho existen en mayor cantidad, discrepancias respecto a la solución de casos específicos de problemas jurídicos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando disentimos de una sentencia judicial que hace referencia a hechos específicos y normas jurídicas específicas, o cuando discrepamos en, igual sentido, de la reflexión académica que sobre ese caso realiza algún teórico; lo que en muchos casos implica un desacuerdo sobre el alcance y contenido de conceptos jurídicos (lo que usualmente se conoce como dogmática jurídica)².

² En el primer supuesto nos encontramos frente al razonamiento hecho por quien toma la decisión sobre un caso judicial (o administrativo) concreto, el mismo que adquiere una relevancia distinta dependiendo de si el sistema

Todos los ejemplos anteriores de las maneras en las que podemos disentir de opiniones sobre casos específicos se sitúan dentro el orden interno del Derecho³, entendido como práctica institucionalizada. Quienes participan de estos análisis se incorporan en un espacio específico, provisto en su superficie de un conjunto de reglas procedimentales y sustantivas que se muestran como los recursos necesarios para solucionar los problemas o conflictos sociales que ese orden interno mismo ha admitido como “solucionables”. Las principales disputas en este terreno, que es el hegemónico en nuestra práctica jurídica, son disputas de carácter interpretativo; principalmente sobre las reglas sustantivas (las mismas que involucran a las normas de derecho procesal y derecho material en el lenguaje tradicional del Derecho).

Las reglas a las que llamo procedimentales son aquellas que se ocupan de proporcionar los fundamentos funcionales de esta práctica institucionalizada que es el Derecho occidental. Entre otros temas, pues no conviene desarrollar todos por el momento, basta con aclarar que las reglas procedimentales se ocupan de especificar el modo de producción de las reglas

jurídico donde se lleva a cabo es de raíces euro-continenciales o anglosajonas. El *case law* cuenta con una serie de reglas internas que serán explicadas con detalle más adelante, pero puede adelantarse que estas conllevan al desarrollo de un análisis preponderante de los hechos; lo que no ocurre en el análisis sobre la jurisprudencia en nuestro medio legal. Los dos últimos supuestos, en cambio, están más ligados a debates teóricos sobre problemas jurídicos. No es más la mirada del llamado a decidir el caso, pero sin embargo, se le parece. Al dogmático jurídico, sea un alumno o profesor de Derecho, tampoco le está permitido dar la respuesta correcta según sus preferencias personales. Aunque con mayor espacio para el intercambio de ideas, el dogmático no puede obviar el derecho positivo para ofrecer sus alternativas. Incluso cuando la discusión dogmática se plantea en términos muy abstractos relativos a conceptos fundamentales del sistema jurídico, como la idea de contrato, de posesión o de derechos subjetivos, las distintas “teorías” que puedan elaborarse para explicarlos deben tener como propósito que tales explicaciones resulten asimilables en la práctica jurídica y por lo tanto, no pueden resultar incompatibles con las reglas del sistema jurídico. Al respecto, Christian Courtis desarrolla esta idea de la siguiente manera: “La tarea fundamental de la dogmática es la de adelantar estos problemas, estas instancias en las que la atribución de sentido resulte controvertida, y ofrecer una solución sostenible, una reconstrucción posible a partir de otras piezas del rompecabezas que considere relevantes –normas de distinto rango, principios, decisiones jurisprudenciales anteriores”. COURTIS, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. En: *Observar la ley. Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica*. Chrisitan Courtis (Ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2006.p. 110.

³ Aunque por orden interno hago referencia al enfoque que es comúnmente asociado a la dogmática jurídica, existe una explicación mucho más pedagógica, esbozada por Hart, que ayuda a clarificar mediante un caso hipotético, el tipo de análisis que se hace bajo éste enfoque. Él lo llama “el aspecto interno de las reglas” y trae a colación la dinámica interna de los jugadores de ajedrez, que reconocen la vinculatoriedad de dichas reglas de manera crítica: “Jugadores de ajedrez no poseen, meramente, hábitos similares de mover la reina, a los que puede guardar un observador externo, que no sabía nada respecto de su actitud sobre las jugadas que realizan. Adicionalmente, aquellos poseen una actitud crítica-reflectiva respect de sus patrones de comportamiento: lo consideran como un estándar para todos aquellos que juegan ajedrez. Cada uno de ellos no solo mueve a la reina de cierta manera, sino que posee “visiones” acerca de la propiedad, de todos, de mover la reina de cierta forma. HART, H.L.A. *The concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1967, pp.55-56. Sobre esta idea hartiana volveré más adelante.

sustantivas (las fuentes del derecho) y de delimitar formalmente la manera en la que se resolverán los casos de relevancia jurídica (normas sobre jerarquías de disposiciones jurídicas, normas o conjuntos de normas que establecen bajo qué procedimientos se tutelan tales o cuales derechos, etc.)⁴. Al sostener que la mayoría de casos que se analizan en la práctica jurídica responden a reflexiones o discusiones sobre la aplicación de las primeras reglas sustantivas, no pretendo negar que en algunos casos, los llamados casos difíciles, no se recurra a un análisis más profundo, al cual Dworkin le da el nombre de “desacuerdos sobre el Derecho”⁵. Es decir, desacuerdos sobre lo que es el Derecho.

1.1.2. El lugar de la Filosofía del Derecho

La filosofía del Derecho, por su parte, es la disciplina que por excelencia se ha abocado a analizar el Derecho de manera introspectiva. La pregunta más difícil que le compete es la de definir *qué* es el Derecho y los rangos temáticos de su análisis abarcan tópicos que van desde la descripción de la estructura del sistema de derecho, hasta el estudio de algunos conceptos jurídicos fundamentales como “deber”, “legitimidad”, “autoridad”, “obligación”, “derecho”, “poder”, “situación jurídica”, “capacidad jurídica”, etc.

Lo importante en este punto, es resaltar la idea de que la filosofía del Derecho se ocupa de los fundamentos epistémicos de la disciplina, así como de los principios o reglas que gobiernan la forma en la que opera. Para poder hacer esto, es necesario que se observen las características

⁴ Me adelanto a algunas posibles críticas formales señalando que es posible sostener que estas reglas a las que llamamos procedimentales son, en realidad, normas materiales que por lo general se encuentran en la Constitución y que por lo tanto, no hay ninguna razón para denominarlas de manera distinta. Sin embargo, esta distinción adquiere un valor teórico importante en tanto resulte funcional, de cara a explicar los niveles en los que se insertan las distintas prácticas jurídicas. La distinción adquiere este valor debido a que las normas materiales están relacionados con el establecimiento de derechos y/o deberes jurídicos, mientras que nuestras normas procedimentales, no adjudican ningún derecho subjetivo ni obligación, ni tampoco pueden identificarse con normas de derecho procesal pues no hacen referencia a ningún proceso jurisdiccional o procedimiento administrativo. Resulta funcional porque es una noción que ayuda a manejar un cúmulo de normas que se usan de manera expresa o que –y esto es más importante– se asumen o se dan por sentadas dentro un nivel específico de la práctica jurídica: la solución de casos específicos a través de las reglas sustantivas.

⁵ Dworkin opone la noción de *desacuerdo empírico*, que vendría a ser el desacuerdo entre jueces, abogados o cualquier persona respecto del alcance de un concepto o una palabra en una ley, respecto al *desacuerdo teórico*, el cual necesariamente es más profundo y se encuentra referido a *qué es el derecho en realidad*, o en otras palabras: el derecho como un todo, no como una parcela mínima, sino como integridad. Esto suele verse, con mayor facilidad, cuando nos enfrentamos a casos en los que una norma positiva y muy clara, parece comprometer los valores más importantes de una comunidad. DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, segunda reimpresión de 2005, de la edición de 1988, p.18.

fundamentales de la práctica que llamamos Derecho. La filosofía del Derecho, por lo tanto, requiere de un conocimiento interno respecto a las prácticas jurídicas, con el objeto de describirlas y de encontrar esos principios que explican su funcionamiento. De ahí que las teorías del Derecho se juzguen y se evalúen de acuerdo, no solo a su consistencia interna o por las consecuencias prácticas que podría tener, sino sobre todo, en función de la calidad que poseen para describir lo que en la práctica del Derecho sucede⁶.

Esta necesaria predisposición de observar las prácticas jurídicas al interior de las sociedades, implica comprender la visión interna (o el análisis interno) que realizan los agentes que practican el Derecho sin que necesariamente exista, de parte del filósofo del Derecho, un compromiso con esas prácticas o con las razones que las justifiquen. De manera específica, determinar qué es un derecho o un contrato es algo que cualquier observador puede conseguir si presta atención a las prácticas jurídicas de una sociedad. En el caso de las sociedades modernas occidentales, ello implicará analizar normas escritas, pronunciamientos judiciales y de hecho también, el comportamiento de las personas que contratan. Quien analice estos rasgos no tiene por qué estar de acuerdo con ellos, su tarea en este caso es descriptiva a un nivel teórico general.

Por lo tanto, participar de esta tarea teórica supone no sólo observar, sino observar de cerca la práctica jurídica y esbozar proposiciones coherentes que propongan una forma de entender el Derecho. Pero al hacer esto último, no sólo se requiere observar, sino observar participando del espacio y de las reglas: participar de forma interna para construir una idea de Derecho que busque persuadir de sus ventajas, a un público académico y a los operadores jurídicos clásicos⁷.

⁶ Algunos filósofos del Derecho enmarcan esta disciplina dentro de lo que se ha venido a conocer como la Teoría del Derecho. Tal es el caso de Luigi Ferrajoli, para quien la Teoría del Derecho es una teoría cuyos términos mantienen una relación semántica con un determinado ámbito de la experiencia o de la realidad, que en el caso del Derecho viene delimitado por el derecho positivo. Ferrajoli lo expresa de la siguiente manera: “Es contenido de la (metateoría) semántica de la teoría del derecho la identificación del conjunto de cosas y/o experiencias que forman el objeto de la teoría del derecho y respecto de las cuales las tesis en ésta formuladas pueden ser interpretadas y verificadas.” En: FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México D.F.: Fontamara, primera edición 2004, reimpresión del año 2006, p. 18.

⁷ Por esta razón, parece razonable predicar una “vocación científica” solo respecto de la filosofía o Teoría del Derecho, en cuanto pretende dar una explicación de un fenómeno social institucionalizado, no pudiendo predicarse la misma vocación de la dogmática jurídica, en la medida en que ella se circunscribe al campo del razonamiento práctico, como veremos más adelante. Resulta interesante observar cómo los cuatro pasos para analizar la contrastación de teorías de Karl R. Popper pueden aplicarse para medir la calidad de las teorías del

Con cargo a desarrollar posteriormente sus características, puede adelantarse aquí el hecho de que la disposición de comprender el análisis interno de ciertas prácticas jurídicas es un requisito indispensable que comparten tanto, la filosofía del Derecho como los “enfoques externos no comprometidos con el resultado”, como paso previo para adoptar una posición descriptiva acerca del Derecho. Ambos difieren, por lo tanto, no en la visión externa, sino en el alcance respecto su objeto de estudio. Al tratar de explicar *qué* es el Derecho como disciplina y los instrumentos conceptuales básicos que condicionan su individualidad como tal, el alcance de la filosofía del Derecho es holístico en contraposición a los enfoques externos no comprometidos; en la medida en que estos se ocupan de parcelas de lo jurídico, o lo que es lo mismo, de prácticas específicas. Para poder comprender mejor la relación entre la visión interna y comprometida y la visión externa no comprometida del Derecho, me serviré del análisis que H.L.A. Hart brindó acerca de las reglas sociales y las reglas jurídicas, pues siendo positivista, Hart no se vio seducido a reducir el Derecho a su dimensión lógico-formal, como sí lo hizo Kelsen.

El gran aporte metodológico de Hart no fue, necesariamente, la esquematización del funcionamiento del Derecho como sistema, que propuso en su célebre obra *The Concept of Law*⁸, sino su enfoque analítico y contextual de las prácticas jurídicas, una herencia que recibió del profesor John Austin y en alguna medida del filósofo de Cambridge, Ludwig Wittgenstein. Austin había contribuido notablemente al análisis jurídico a través de los conceptos de los “actos performativos” y los “actos del habla”.

Los primeros son actos lingüísticos que mediante su enunciación crean otros actos. Un caso paradigmático para el Derecho resulta el cambio de situación jurídica de un acusado en la vía penal, cuando el juez enuncia su culpabilidad: solo se genera ese cambio mediante la enunciación, no se necesita la concurrencia de ningún otro elemento. Por otro lado, el concepto

Derecho: “En primer lugar, se encuentra la comparación lógica de las conclusiones unas con otras: con lo cual se somete a contraste la coherencia interna del sistema. Después, está el estudio de la forma lógica de la teoría, con objeto de determinar su carácter: si es una teoría empírica -científica- o si, por ejemplo, es tautológica. En tercer término, tenemos la comparación con otras teorías, que tiene por principal mira la de averiguar si la teoría examinada constituiría un adelanto científico en caso de que sobreviviera a las diferentes contrastaciones a que la sometemos. Y finalmente, viene el contrastarla por medio de la aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella.” POPPER, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: editorial Tecnos, 2da edición 2008, pp.39-40.

⁸ HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1991.

de actos del habla sostiene que los enunciados cobran sentido a través de los actos del habla, dependiendo de su contexto de enunciación⁹.

A partir de la lectura que Hart hizo de Austin, se interesó por la intencionalidad de los actos relevantes para el Derecho, dejando de lado la tradición formalista de investigar problemas jurídicos, los cuales se centraban en la construcción de definiciones autoreferenciales. Solo así se explica el punto de partida que asume Hart para luego construir su definición del sistema de Derecho. Hart asume este sistema como un conjunto de reglas sociales que lo son, debido a que tienen como objeto a la conducta humana y cuyo origen se remonta también, a prácticas sociales humanas. Lo que hace particular a las reglas sociales jurídicas es que además de ser reglas que se presentan como obligatorias (lo mismo ocurre en la moral), poseen una cualidad sistémica que depende de la interrelación de dos tipos de reglas: las primeras y las secundarias.

El primer rasgo es el que nos resulta útil a efectos de explicar, de mejor manera, la posición de la filosofía del Derecho y el de los enfoques externos no comprometidos con el resultado¹⁰. Para Hart, las reglas no son reducibles a simples mandatos o imperativos, como lo es para los positivistas formalistas. Sin embargo, también rechazó la idea de que las reglas puedan representarse como simples generalizaciones a partir de la observación de regularidades en la conducta humana. Lo fundamental era prestar atención a la intencionalidad de los actos y a las razones para la acción.

En palabras del propio Hart:

“Para que exista una regla social, al menos algunos (miembros del grupo social del que se trate) deben interpretar la conducta en cuestión como un criterio general que debe ser obedecido por todo el grupo. Además del aspecto externo que comparte con cualquier

⁹ AUSTIN, John. *Philosophical papers*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1961.

¹⁰ Esta es la razón por la cual al, hablar sobre la filosofía del Derecho, no he considerado relevante exponer una clasificación de las distintas corrientes filosóficas o de las más destacadas teorías del Derecho. He escogido la obra de H.L.A. Hart, como mencioné anteriormente, porque en ella se encuentra el germen de la distinción entre una visión interna y comprometida y una visión externa y no comprometida con el resultado al momento de estudiar el Derecho.

hábito social, y que consiste en una conducta regular y uniforme de la que pueda dar cuenta cualquier observador, toda regla social cuenta con un aspecto interno.¹¹

Lo que Hart cuestiona es que se identifique tanto, un modo enunciativo (el prescriptivo), como una continuidad en los hechos, para determinar que estamos frente a reglas. A través de un ejemplo propuesto por él, estas ideas pueden resultar más acequibles. Hart señala que incurriríamos en un error si nos basáramos en la frecuencia observable con la que los conductores de autos se detienen frente al semáforo cuando la luz cambia a rojo, para determinar los componentes de la regla de tránsito. En los mismos casos en los que estos se detienen, el porcentaje de conductores que están escuchando la radio debe ser muy alto y no por ello podemos concluir que los conductores ven motivada su conducta hacia esos dos hechos de la misma manera. En el caso de la detención del vehículo frente al semáforo en rojo estaremos frente a una regla, si “entre algunos miembros de este grupo, hallamos “una actitud reflexiva y crítica sobre este patrón de conducta en cuanto criterio compartido” entonces la suma de la actitud “interna” y de la regularidad de conducta “externa” será suficiente para la existencia de la regla.¹²

Neil MacCormick desagrega la idea del punto de vista interno de Hart y observa que esta se compone de un elemento cognitivo y de uno volitivo. El primero permite al agente comprender qué actos son los que constituyen el patrón general y abstracto de conducta exigida por la regla, mientras que el elemento volitivo es el deseo o preferencia de realizar el acto que configura la regla, una vez que se verifiquen las circunstancias¹³.

Si bien acepta la idea del punto de vista interno de acuerdo a los términos propuestos por Hart, MacCormick resalta la idea de que este solo pudo imaginarse un tipo de punto de vista externo, al cual lo bautiza como “extremo”. Así, al suponer que quien se interesa por observar el Derecho desde un punto de vista externo, lo hace solo observando las regularidades de las conductas de los agentes que practican el Derecho, Hart pasa por alto la posibilidad de que un observador externo comprenda el razonamiento crítico y reflexivo de estos agentes, aplicando

¹¹ HART, H.L.A. *Op.Cit.*p.56

¹² HART, H.L.A. *Ibid*, p.57.

¹³ MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 109

el elemento cognitivo de la dimensión interna, sin que por ello comparta el elemento volitivo (aunque sí lo entienda), que implica querer cumplir con lo dispuesto por la regla¹⁴.

Lo paradójico es que esta última posición de “elemento externo no comprometido” es la posición que los filósofos suelen adoptar para describir y postular teorías que expliquen qué es el Derecho y cómo funciona. Por lo tanto, es la postura que el mismo Hart adoptó en muchas de sus investigaciones. Se podría decir incluso, que a Hart le faltó ser más haritano para darse cuenta del enfoque que estaba adoptando, habiendo él mismo puesto las bases conceptuales para distinguir las visiones internas y externas del análisis acerca de lo jurídico¹⁵.

De esta manera queda mejor explicada la diferencia que existe entre un enfoque interno y un enfoque externo no comprometido. Aunque se ha manifestado que, tanto al filosofía del Derecho como la sociología, la antropología y el Análisis Cultural del Derecho, como integrantes del enfoque externo no comprometidos, difieren entre sí por los alcances de su objeto de investigación, resulta oportuno antes de explicar las características específicas del análisis cultural, analizar por qué la dogmática jurídica debe ser considerada como un enfoque de análisis interno y determinar, si ello afecta o no su rigurosidad académica como enfoque comprometido con el resultado.

1.1.3. El valor de la Dogmática Jurídica

Con el nombre de dogmática jurídica se conoce, en los países de tradición jurídica euro-continental, al entramado de de criterios, conceptos y métodos que generan el conocimiento jurídico. En esta tradición se suele sostener el carácter “científico” del Derecho en virtud de la dogmática jurídica. Por lo tanto, la dogmática es el contenido del conocimiento jurídico así como la manera en la que se conoce el Derecho.

Al ocuparse centralmente del análisis de las normas jurídicas, así como de otras fuentes normativas como la jurisprudencia, la costumbre o los contratos, la dogmática jurídica se perfila

¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Ibid.* p. 115

¹⁵ Neil MacCormick lo resume de este modo: “Precisamente por esto, el teórico del derecho de la escuela de Hart debe adoptar el punto de vista de un individuo que comprende y trata de describir las reglas jurídicas tal y como éstas se observan desde el “punto de vista interno”, pero con independencia de cualquier compromiso que él sostenga a favor o en contra de estas reglas en su dimensión interna.” MACCORMICK, Neil. *Ibid.* p.114

como un caso especial del discurso práctico. Así es como lo entiende Robert Alexy, para quien ambos discursos lidian con la correlación de enunciados normativos, adoptándose en su interior una *pretensión de corrección*, con la particularidad de que en el caso del Derecho, la argumentación que se realiza viene delimitada por condiciones específicas: (i) la sujeción a la ley, (ii) a los precedentes, (iii) a la doctrina o dogmática jurídica misma y por (iv) reglas procesales¹⁶.

Respecto a la manera en la que se conoce el Derecho, algunos autores no dudan en sostener que, al igual que otras ciencias, el Derecho posee un método¹⁷. Al contenido que arroja este método se le suele llamar “doctrina”, la cual sirve para ayudar a otros agentes del Derecho a clarificar las zonas de penumbra donde la aplicación de una regla o un principio, o la interpretación correcta de aquellos, no resulta evidente.

La idea acerca de lo que en efecto es la dogmática jurídica ha variado a lo largo del tiempo e incluso el día hoy no existe una sola manera de entenderla, existiendo diversas visiones o tendencias. Debido a que un desarrollo expositivo de las diferentes escuelas de dogmática jurídica resulta inoportuno a los efectos que persigue esta investigación, bastará con recoger dos enfoques de la dogmática que se encuentren en los extremos (pudiendo no ser considerados necesariamente como opuestos). De este modo, tenemos de un lado a la

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra editores, 2007.p. 48

¹⁷ Francesco Carnelutti llega a identificar dos etapas de la investigación científica, en lo que resulta el mejor intento académico de parte de la dogmática civilista de explicar su metodología. La primera etapa consta de tres principios y distingue las nociones de función y estructura. Estos principios serían (i) la realidad del Derecho, que señala la observación directa e inmediata de la realidad jurídica, (ii) la institucionalidad del Derecho, que indica la relación entre el soberano que manda algo y quien la obedece; y, (iii) el principio de unidad del Derecho, que afirma la unidad de la ciencia jurídica. Inmediatamente después la tarea consistiría en averiguar la función y la estructura de los institutos jurídicos. La segunda etapa esbozada por Carnelutti consiste en una cadena de cinco pasos, a saber: (i) comparación interna entre los diversos institutos de un mismo Ordenamiento Jurídico, (ii) clasificación de los objetos en grupos por la homogeneidad de sus caracteres, (iii) abstracción de la realidad jurídica para obtener conceptos ordenadores de la experiencia, (iv) expresión verbal de los caracteres del concepto, lo cual arroja la definición, y (v) formulación de reglas de la experiencia como consecuencia necesaria de los conceptos elaborados y definidos. En: CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1940.pp-54-81. Citado por: MORALES HERVIAS, Rómulo. *Dogmática Jurídica y Sistema Jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídica*. En: Revista ius et veritas N° 23, noviembre 2003.p.313. Si bien es innegable el aporte significativo que realiza Carnelutti, es discutible que de ello se desprenda la idea de que el Derecho pueda ser entendido como una ciencia. A pesar de ofrecer un método para la indagación jurídica, este método difícilmente pueda ser comprendido dentro del ámbito del método científico, si se toma en cuenta que los resultados que arroje no podrán ser contrastadas con la experiencia. Al ser el discurso jurídico un caso especial del discurso práctico, la mejor respuesta posible no se elige de una contrastación con los datos de la realidad sino mediante un enfoque interpretativo.

dogmática formalista y del otro a una dogmática hermenéutica que es la que presta atención al contexto de su objeto de análisis.

Antes de analizar estas dos vertientes de la dogmática jurídica, vale la pena recalcar una idea que se desarrollará con mayor lucidez hacia el final de este apartado. Se trata de la vocación práctica, como lo menciona Manuel Atienza¹⁸, que posee la dogmática jurídica, sea cual fuere el enfoque específico que se le dé. Esto supone que el objetivo de los dogmáticos es el de facilitar a los otros operadores o agentes jurídicos, el conocimiento de una parte o rama específica del Ordenamiento Jurídico. Ello a su vez, supone una idea fundamental: si bien pueden existir muchas técnicas para desentrañar el “verdadero” o el mejor sentido de una regla o principio jurídico, la dogmática jurídica tiene como punto de partida y como punto de llegada el derecho positivo.

Esta última idea es clave para entender la dogmática jurídica. La tarea del dogmático puede abarcar dos actividades: (i) describir el Derecho positivo vigente, analizando el contenido del Derecho de manera sistemática y conceptual; y, (ii) elaborar propuestas para la solución de casos difíciles. La primera de ellas está usualmente vinculada al análisis del significado de las leyes o de la jurisprudencia, lo cual incluye un análisis de los conceptos jurídicos y su relación entre las reglas y principios; mientras que la segunda actividad supone una actitud normativa, aunque, ciertamente, dentro de los límites de las respuestas justificables mediante el derecho positivo.

De acuerdo a Robert Alexy, la dogmática encierra tres tareas fundamentales: (i) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (ii) la reconducción de este análisis a un sistema, y (iii) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de decisiones judiciales¹⁹. En este proceso de racionalización dogmática, la deducción lógica juega un rol fundamental. De hecho, ahora se puede observar con mayor claridad lo apuntado líneas arriba respecto a

¹⁸ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2007, 2da edición.p.246 Respecto a lo que caracteriza a la dogmática jurídica, señala lo siguiente: “es que no trata sin más de explicar un acontecimiento, sino de explicar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; por ejemplo, de qué manera se puede interpretar un determinado fragmento del derecho para lograr una solución razonable a un cierto problema. Su fin no es propiamente conocer, sino obtener resultados prácticos valiéndose se ciertos conocimientos.” Al respecto, Atienza parece confundir dos ideas centrales de la epistemología: no existe una necesidad lógica de contraponer la vocación de *conocer* de una técnica o de un método científico con el hecho de que este conocimiento resulte de utilidad práctica o no.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Op.Cit.*p.349

que el punto de partida y el punto de llegada del análisis dogmático lo constituye el derecho positivo. Aún cuando dicho análisis comience con el estudio de conceptos jurídicos, ese estudio, si se urge en el pasado académico que sostiene sus ideas, proviene del análisis de reglas jurídicas positivas que en algún punto condujo a la elaboración de dicho concepto.

Es decir, antes hubo una inducción, o abstracción, elaborada por un predecesor. En ese caso, el análisis de los conceptos dogmáticos sirve para volver a analizar zonas de penumbra (o en algunos casos de lagunas de derecho), con el objeto de reconstruir sentidos interpretativos de reglas o principios jurídicos (o extractos de una sentencia judicial); con lo cual queda revelado el carácter sistémico del análisis dogmático²⁰.

En un reciente estudio publicado bajo el título, *The Gift of Science, Leibniz and the Modern Legal Tradition*, Roger Berkowitz señala como punto de partida del actual modelo de razonamiento legal, a las ideas esbozadas por Leibniz hacia finales del siglo XVII e inicios del XVIII. La jurisprudencia de Leibniz²¹, sostiene el autor, no se centra únicamente en la aplicación de la geometría euclidiana al Derecho, sino a una novedosa propuesta en la que la dicotomía entre la razón y la voluntad era salvada por la reconducción del derecho natural hacia su positivización mediante un método inductivo. El Derecho, o *ius*, como producto de conocimiento, no sería ni razón ni voluntad, sino una voluntad racional que sigue las reglas de certeza de la ciencia. En palabras de Leibniz:

“Una de las formas capitales de hacer que la jurisprudencia resulte más manejable y de contemplar su vasto océano, como si se tratase de un gráfico geométrico, es reconducir un largo número de decisiones particulares hacia un conjunto de principios más generales.”²²

²⁰ Resulta interesante destacar que Alexy trae a colación la crítica esbozada por Rudolph von Ihering respecto a la lógica deductiva empleada en la dogmática jurídica: “La objeción más importante consiste en que únicamente con los medios del análisis lógico y de la deducción lógica no pueden alcanzarse nuevos contenidos normativos. (...) Esto es lo que tenía Ihering cuando se volvió contra el “culto de la lógica que pretende transformar la Jurisprudencia en una matemática del Derecho.”” Von Ihering. *Der Geist des Römischen Rechts*, tercera parte, 3era edición, Leipzig, p.311 y ss. Citado por: ALEXY, Robert. *Ibid.* pp-349-350.

²¹ Leibniz da a conocer su concepto de la jurisprudencia en el siguiente extracto : “El conocimiento prudente del *Ius* (*iurisprudencia*) es el conocimiento científico de la justicia (*scientia iusti*), ya sea la ciencia de la libertad y del deber, o la ciencia del *ius* en cualquier caso propuesto o actual.” Traducción libre de: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Tabula Iuris*, en: *Textes Inédits*, vol. 2, p.820, recogido por BERKOWITZ, Roger. *The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.p.20

²² Extracto de una carta de Leibniz a Johann Friedrich Herzog, en: *Allgemeiner Politischer und Historischer Briefwechsel*, vol. 1,p.23. Recogido por: BERKOWITZ, Roger. *Ibid.*p.25

Leibniz creía que era perfectamente posible, reconducir las reglas que formaban parte del *ius* hacia principios generales que debían reflejar lo que dios consideradaba como bueno. Es más, no solo lo creía como algo posible, sino como el único camino que nos llevaría hacia la verdadera jurisprudencia. La forma, por lo tanto, esto es, la generalización, abstracción y compartimentalización de los conceptos a través de un sistema que denominó *Sistema iuris*²³, se encontraba al servicio de un contenido específico y no por ello menos trascendental. A continuación se podrán apreciar las intersecciones entre este planteamiento y el formalismo jurídico, donde la forma prevalece sobre el contenido.

1.1.3.1. El impacto del formalismo jurídico en el constitucionalismo

Actualmente, se denomina formalismo jurídico a una visión acerca del Derecho que deriva de la corriente del positivismo. Así, ser un formalista implica la idea de comprender el Derecho como un orden compuesto casi exclusivamente por normas promulgadas por los órganos competentes, es decir, por leyes, decretos o reglamentos; dejándose en un segundo plano otros productos del derecho positivo como son la jurisprudencia o la costumbre²⁴.

Dicha preeminencia de algunos productos normativos sobre otros viene acompañada por la concepción del Derecho como un sistema íntegro que brinda respuestas concretas y bien delimitadas frente a cualquier problema de relevancia jurídica. Así, para Carlos Santiago Nino, el formalismo jurídico va unido al positivismo ideológico, en tanto que este último asume un positivismo en el que los jueces se encuentran sometidos a los mandatos legislativos, debiendo siempre resolver los casos que les competen de acuerdo a las normas jurídicas y no conforme a los principios del Derecho²⁵.

El formalismo jurídico exhibe, de este modo, una predilección sobre ciertos productos normativos, así como una manera particular de entender el correcto análisis del Derecho.

²³ Leibniz tuvo dos proyectos de codificación muy importantes, se trata de *Tabula iuris* (1690, 1695-96) y *Sistema iuris* (1695-97). Debido a que nunca fueron concluidos, las ideas que conforman ambos proyectos nunca fueron publicadas mientras él estuvo con vida. Sin embargo, recientemente Gaston Grúa ha publicado los manuscritos que corresponden a ambos proyectos en el libro de dos tomos: *G.W. Leibniz. Textes inédits.*, cuya segunda edición data de 1998.

²⁴ Aquí caracterizo al formalismo jurídico desarrollado en la tradición del *civil law*.

²⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: editorial Astrea, 2da edición 14ª reimpresión, 2007.pp.36-37.

Estamos, por lo tanto, frente a dos niveles distintos, aunque no inconexos. De un lado, tenemos una comprensión sobre el Derecho en el que la ley adquiere un peso hegemónico en comparación con las otras fuentes del Derecho. Esta visión ayuda a explicar mejor cómo, en la práctica, el estudio de esas leyes (y como veremos más adelante, de las demás fuentes incluida la jurisprudencia), adquiere la característica de un deductivismo que abraza los conceptos abstractos y la literalidad de las disposiciones jurídicas, consolidando un culto a la autoridad.

Rudolph Von Ihering realiza uno de los mejores estudios acerca del origen y el significado del formalismo en el Derecho. No es necesario dar cuenta de los pormenores de dicho análisis, aunque sí resulta fundamental rescatar la noción básica y algunos elementos centrales. Lo primero que hay que tener presente es que el formalismo da cuenta de la preponderancia de las formas jurídicas por encima del contenido. Ihering inicia su estudio haciendo una introducción acerca del rol que juega la palabra en algunas sociedades, recalcando que en la antigua Roma el culto a la palabra produjo un doble filtro respecto a la voluntad: (i) de un lado la validez de los actos jurídicos dependía del empleo de conocidas palabras; y, (ii) se imponía una exactitud absoluta sobre las palabras escogidas para la expresión del contenido²⁶.

Lo que convierte en un documento de altísimo valor académico al estudio de Ihering, no es solo la extraordinaria exposición de las características del Derecho Romano o de su análisis jurídico, sino las profundas reflexiones que a partir de esos rasgos realiza en torno a la interpretación jurídica, como fenómeno psicológico ubicado en un contexto histórico. Así, nos explica que comprender la relación entre “la idea” y “la palabra” es fundamental para explicar la predilección, de parte del formalismo, por los elementos exteriores de nuestra voluntad, o en sus palabras:

“El dominio del elemento exterior sobre el elemento interno, de la forma sobre el contenido, constituye en efecto el carácter distintivo del formalismo y de la interpretación literal; pero la disposición subjetiva que corresponde a ese hecho, y que debe ser la

²⁶ VON IHERING, Rudolph. *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: editorial Comares, 1998.p.619

causa de su historia, se encuentra en la predilección que siente el espíritu humano hacia los objetos exteriores y sensibles.²⁷

Antes de exponer las diferencias entre la interpretación gramatical o literal y la lógica, Von Ihering cree conveniente explicitar la naturaleza de la comunicación humana. Él parte de la idea de que el pensamiento es un hecho interno que pertenece a la vida intelectual subjetiva y que es expulsado al exterior, a través de palabras que solo pueden captar parte de lo que realmente pensamos. Bajo este esquema, la palabra nunca puede transportar los pensamientos de una persona en tanto esta es una entidad física²⁸.

La tarea del receptor, por lo tanto, consiste en adoptar también una posición activa e ir en busca del contenido del mensaje que le es transmitido por parte del emisor. Es precisamente en los espacios que otorgan las diferentes visiones o enfoques del Derecho a esta tarea, donde se pueden diferenciar sus alcances y sus propuestas filosóficas. El formalismo estaría del lado de una visión literal de la interpretación, y por ella debemos entender el culto a la palabra exacta. A esta propuesta, que ha sido descalificada en la actualidad como impracticable, habría que entenderla como la apuesta por el contenido explícito y descontextualizado de la ley, o de los conceptos jurídicos; lo que en definitiva supone la primacía del texto por encima de la realidad donde se lo aplica.

Es interesante anotar que Von Ihering destaca, también, el rol del contexto de las palabras como elemento fundamental para “volar por encima de las palabras y transportarse al alma de quien habla”. Este sería el rasgo característico de la interpretación lógica, que apunta a conocer la finalidad de la comunicación que plantea el emisor. En ese caso, sostiene Von Ihering, la misma palabra puede encontrar interpretaciones distintas dependiendo de la diversidad de situaciones.²⁹

²⁷ VON IHERING, Rudolph. *Ibid.* p.621

²⁸ Es revelador encontrar en Von Ihering elementos sustanciales del vuelco analítico que sufriría posteriormente el Derecho en lo tocante al tema de la interpretación jurídica. Podría decirse, sin temor a exagerar, que fue un adelantado a su época. Este párrafo así lo confirma: “La palabra no es, pues, una cosa objetiva, un objeto, sino la idea encadenada dentro de su objetividad, física e intelectualmente; no es más que un hecho, un acto una acción que se ejerce sobre el oído o el cerebro, el choque que el uno produce en el otro para poner entre sí esos dos órganos en actividad especial.” VON IHERING, Rudolph. *Ibid.* p.622

²⁹ VON IHERING, Rudolph. *Ibid.* p.623

Las implicancias prácticas de ambas visiones son significativas. El mismo Von Ihering nos presenta el caso del nombramiento de tutor en la antigua Roma, contemplado en la *Lex Atilia*³⁰. Dicha ley ordenaba dicho nombramiento en los casos en que los menores se hubiesen quedado sin tutor; y aunque su aplicación se extendió posteriormente a los casos en los que los tutores designados devenían en incapaces, la jurisprudencia antigua tomaba dicha regla de forma literal y la inaplicaba en los casos en los que el tutor de un menor se volvía loco. Aún loco, los niños tienen un tutor: la ley solo nos permite otorgar uno cuando estos carezcan de tutor en absoluto, parecía ser el mensaje.

Por supuesto, la predilección por las formas, por encima del contenido de la voluntad de la persona que efectuaba un acto jurídico privado o por encima de la voluntad del legislador que emitía una ley, tenía un trasfondo importante: buscada dotar de seguridad y simpleza a las conductas humanas que, de otra manera, hubiesen resultado un obstáculo para el desenvolvimiento de actividades sociales importantes³¹.

Por supuesto, el precio que se debe pagar por la seguridad que brinda el formalismo no es nada despreciable. En la línea de lo mencionado por Carlos Santiago Nino, tarde o temprano la visión formalista reduce la capacidad de los operadores jurídicos, incluyendo a los jueces así como a los dogmáticos, de dar una respuesta a problemas sociales de relevancia jurídica, tomando en cuenta elementos no formales como los principios del Derecho. En buena cuenta, la apuesta por el formalismo incluye la renuncia a una postura receptiva respecto de la realidad y el contexto en el que las normas son aplicadas³².

Como es de imaginar, las ideas que postularon la preeminencia de la forma sobre el contenido adquirieron una nueva dimensión luego de que los principios matemáticos intentaran ser

³⁰ Ulp. XI, 18, dice: Mulieribus pupillisve NON HABENTIBUS tutores. Gayo, I, § 185. Citado por: VON IHERING, Rudolph. *Ibid*, p.631.

³¹ Von Ihering destaca dentro de ellas al comercio en la antigua Roma.

³² Von Ihering da cuenta de la aplicación de este inconveniente a la interpretación formalista del acto jurídico: "Escuchemos la acusación dirigida contra el formalismo. Declarando no obligatoria la palabra dada por causa de un vicio de forma insignificante, el derecho desconocía de hecho el sentimiento moral. O lo tenía en olvido, al privar de toda pena y aún de toda censura el más injusto abuso de confianza, llegando por lo tanto hasta el extremo de obligar al juez en ocasiones a prestar su auxilio para amparar por medio de una argucia a la perversidad y al fraude. ¡Qué no debió sufrir el sentimiento jurídico del pueblo y quebrantarse ante el espectáculo cotidiano de semejante escándalo! Además imponer silencio al sentimiento jurídico, ¿no es debilitarlo? Declarar a la forma como suprema y última razón, ¿no es arruinar al comercio jurídico en su base, la lealtad? VON IHERING, Rudolph. *Ibid*.pp.654-655.

aplicados al Derecho para convertirlo en una verdadera ciencia. Como se precisó líneas arriba, el intento de Leibniz no estuvo desligado de un fuerte compromiso con ciertas ideas materiales no-negociables; sin embargo, la influencia de los ideales posteriores a la revolución francesa y el positivismo jurídico del siglo XIX jugaron un rol fundamental para consolidar el regreso de un formalismo más depurado.

La experiencia de la tradición del *common law* nos revela que el formalismo resulta perfectamente aplicable al análisis de la jurisprudencia. Esto significa trasladar la visión reductivista del análisis del Derecho a los hechos y a las reglas que subyacen a los casos concretos. Atiyah y Summers³³ resumen las características fundamentales del formalismo, de la siguiente manera:

- a) Creencia en el sistema jurídico como algo esencialmente completo y omnicomprensivo.
- b) Creencia en la separación de poderes y en la distinción creación/aplicación del Derecho como algo inherente a todo Derecho.
- c) Creencia en que el legislador debe armonizar el nuevo Derecho con el preexistente.
- d) Creencia en el Derecho en los libros (frente al Derecho en acción).
- e) Creencia en que la abstracción y la generalidad son virtudes del Derecho.
- f) Creencia en una lógica interna del Derecho.
- g) Creencia en la teoría de la subsunción o del silogismo en la aplicación del Derecho.
- h) Creencia en la certeza y predictibilidad como ideales jurídicos.

A efectos de entender el impacto que el formalismo ha causado en el constitucionalismo, conviene citar un ejemplo donde se aprecie de manera nítida dicho enfoque. Usaré, con ese propósito, un artículo de un destacado constitucionalista peruano, en el que se analiza la fuerza vinculante del precedente constitucional y de la doctrina constitucional. El análisis que espero mostrar tiene por objeto, además, presentar las diferentes respuestas a las que se pueden arribar sobre un mismo objeto de estudio (la vinculatoriedad del precedente constitucional) dependiendo del enfoque que se escoja.

³³ ATIYAH, P.S. y R. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*. Clarendon, Oxford, 1987., p.251. Citado por: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: editorial Trotta, 2009.p.71.

En su artículo titulado, *El precedente en el derecho procesal peruano. Una indispensable fuente del Derecho*³⁴, el profesor Samuel Abad se propone estudiar diferentes dimensiones del nuevo fenómeno jurídico que surgió con la promulgación del Código Procesal Constitucional: la irrupción de la jurisprudencia constitucional como nueva fuente del Derecho. De manera específica, se propone estudiar la distinción entre las figuras del precedente constitucional y la doctrina constitucional.

Aunque no desarrollaré en extenso todos los apuntes que valen la pena hacerle al artículo del profesor Abad, por cuanto dichas ideas serán rescatadas en el capítulo dos, trataré de leer a la mejor luz posible el objetivo que se propone con cada enunciado y cada argumentación que desarrolla. La primera idea que desarrolla, y quizás la más importante, es que las instituciones o figuras jurídicas que recojen los artículos VI (doctrina constitucional, según el autor) y VII (precedente vinculante) del título preliminar del Código Procesal Civil difieren en sus alcances debido a que solo la segunda tendría un efecto normativo, mientras que la primera no. En sus propias palabras:

“Como puede apreciarse el precedente tiene carácter normativo. Así lo ha sostenido el TC al indicar que el precedente “(...) tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, 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 públicos³⁵.”

Al diferenciar la “doctrina constitucional” del precedente vinculante, el profesor Abad rescata la caracterización efectuada por el profesor Pedro Grández, para quien el precedente, establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, se diferencia de la doctrina constitucional en la medida en que se encuentra expresado bajo la forma de un regla (que se hace explícita por el Tribunal Constitucional), mientras que esta última, al no llevar consigo la adquisición del elemento vinculante en la forma de una regla, deja abierta la tarea de averiguar cuál es su *ratio decidendi*. El profesor Abad no solo recoge esta acertada distinción, sino que además enfatiza la idea de que en los precedentes vinculantes no existe necesidad alguna de que el operador jurídico emplee algún tipo de razonamiento jurídico para

³⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel. *El precedente en el derecho procesal constitucional peruano. Una indispensable fuente del Derecho*. En: Revista Jus Constitucional. Lima: editorial Grijley, N° 1, 2008.

³⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. *Ibíd.* 48. Incluye la cita hecha al Exp. N° 0024-2003-AI/TC.

averiguar cuál es la *ratio decidendi* del caso concreto, pues este ya vendría precisado “con absoluta claridad” por parte del Tribunal Constitucional, mientras que en el caso de la doctrina constitucional sí sería necesario indagar cuál es la *ratio decidendi*, que es entendida como la regla vinculante.

Sostengo que este análisis es uno que pertenece al enfoque formalista del Derecho debido a dos razones. La primera es que el argumento que usa el profesor Abad para sostener que el artículo VI del título preliminar configura una jurisprudencia constitucional de corte “doctrinario” es un argumento de autoridad. Así, la justificación de la distinción entre doctrina constitucional y precedente vinculante, se basa en una sentencia del Tribunal Constitucional que instituye tal esquema conceptual³⁶.

Si bien cita la sentencia del Exp. N° 4853-2004-PA/TC, en la que el Tribunal Constitucional desarrolla lo que entiende por doctrina constitucional, limitando su alcance a: (i) interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional, en el marco de su actuación a través de procesos, sea tanto de control normativo como de tutela de derechos fundamentales, (ii) las interpretaciones constitucionales de la ley realizadas a través del control de constitucionalidad; y, (iii) las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución³⁷; en ningún momento reflexiona (de manera crítica) acerca de si la labor que realiza el Tribunal Constitucional puede ser considerada como una labor dogmática que produce doctrina.

De hecho, dicha discusión merece una profunda reflexión en esta investigación, la cual abordaré más adelante. Sin embargo, debe quedar claro que no prestar atención a la discusión acerca de si, en efecto, la jurisprudencia constitucional es siempre equivalente a la doctrina, que es el producto de la dogmática³⁸, constituye una visión formalista en tanto que dicha

³⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel. *Ibíd.*p.46. Acá el profesor cita el Exp. N° 03741-2004-AA/TC en cuyo fundamento 42, el Tribunal sostiene: “(...) conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional (...), los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del Derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.”

³⁷ Exp. N° 4853-2004-PA/TC, Fundamento 15.

³⁸ Al respecto resulta interesante lo expuesto por Christian Curtis, para quien la actividad dogmática suele incluir no sólo a las leyes, sino a la jurisprudencia, pero no como producto, sino como objeto de estudio. Es decir, los investigadores del Derecho aplican sus “métodos dogmáticos”, no solo a las leyes, sino a las sentencias judiciales.

decisión encuentra su fundamento en la absoluta confianza a la literalidad de lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Si bien se suele identificar al formalismo con un respeto irrestricto a las formas contenidas en las leyes, al menos en la tradición eurocontinental, lo mismo sucede con el culto a la forma y a la literalidad contenida en la jurisprudencia en el caso de la tradición del *common law*³⁹. Ese último fenómeno parece haber empezado a cobrar adeptos en nuestro medio académico.

Lo más grave es que al tomar en cuenta el ámbito de alcance de lo que el Tribunal Constitucional entiende por *doctrina constitucional*, se produce una reducción del alcance vinculante que queda establecido por el artículo VI del título preliminar, el cual obliga a todos los jueces a interpretar y aplicar las leyes y normas de ese rango de conformidad con la interpretación que reciban de parte del Tribunal Constitucional (sin restricciones). Después de todo, una cosa no puede pasar desapercibida. Si bien el Tribunal Constitucional puede, a veces, parecer productor de doctrina al analizar áreas de penumbra o lagunas de Derecho, creando incluso figuras o instituciones jurídicas como es el caso del *derecho a la verdad*, lo cierto es que la función interpretativa⁴⁰ es algo inherente a toda función jurisdiccional y es a

Ello puede realizarse de cuatro maneras distintas: (i) a modo de una tarea eminentemente descriptiva, o de sistematización de sentencias, (ii) puede utilizarse para determinar el alcance de las sentencias a casos futuros, o (iii) como crítica a la sentencia comentada con el objeto de esperar un cambio en la línea jurisprudencial; y, (iv) el comentario de una sentencia puede servir para resaltar la inadecuación o injusticia de una norma. COURTIS, Christian. *EL juego de los juristas. Ensayos de caracterización de la investigación dogmática*. En: COURTIS, Christian. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación científica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.117. Debo dejar en claro que no comparto la visión del autor respecto de que la última función puede ser entendida como parte integrante de la dogmática. Al tener como punto de apoyo de argumentación un valor tan amplio como la justicia, la tarea de crítica que se realiza puede hacer referencia a un valor no reconocido en el Sistema Jurídico del que proviene la sentencia analizada, en cuyo caso estamos fuera de la visión interna comprometida con el resultado, la cual resulta necesaria para hablar de dogmática jurídica.

³⁹ El culto a la deducción como método de análisis del Derecho es algo que se observó y criticó también en el *common law*. De hecho, la inclinación a observar solo lo que algunos conceptos legales establecían y a partir de ello, medir si los hechos del caso calzaban dentro de dicho contenido, fue denominado como “jurisprudencia mecánica”. Así lo menciona Brian Bix en: BIX, Brian. *Jurisprudence. Theory and Context*. Durham: Carolina Academic Press, 2005 5ta edición, p.192. Bix señala también que dentro de los formalistas se encontraban los profesores de Derecho para quienes todo lo relevante para analizar el Derecho se encontraba dentro de los libros que contenían las opiniones judiciales (*Printed Books of Judicial opinions*). El caso paradigmático de este formalismo sería para Bix, el ex decano de Harvard, Christopher Columbus Langdell, quien creó el sistema de aprendizaje basado en el estudio del caso o “Case Method”. Bix. *Ibíd.*

⁴⁰ María José Falcón y Tella clasifica de manera esclarecedora las funciones que cumple la jurisprudencia, contemplando tanto la función creadora de figuras jurídicas, como la interpretativa, que tendría por objeto analizar las disposiciones jurídicas para llegar a las normas de la misma, especificando que todas las normas requieren de este proceso y no solo las normas que resultan oscuras. Lo que la diferencia del trabajo interpretativo que todo agente del Derecho debe realizar frente a una disposición, es que el caso de la

esta última función a la que hace referencia el artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

La segunda razón, y la más importante, guarda relación con la confusión que se produce entre el carácter normativo que de forma exclusiva se le adscribe al precedente vinculante y el carácter vinculante no-normativo de la mal llamada “doctrina constitucional”. Aunque no lo haya hecho explícito, debemos entender que por alcance normativo, el autor se refiere a un alcance general y abstracto de parte de la jurisprudencia, en este caso solo del precedente constitucional.

El problema estriba en que una vez que se reconoce que la “doctrina constitucional” posee una *ratio decidendi* que debe ser desentrañada en cada caso concreto, y se “mantiene fresca” la vinculatoriedad que ordena el artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional respecto de todas las sentencias del Tribunal Constitucional (en lo tocante a la interpretación de leyes y normas de igual rango), entonces se llega a la conclusión de que existe una regla con vocación de aplicación universal cuya única diferencia respecto de la regla contenida en el precedente vinculante es, que en este último caso, la regla será escrita por el órgano productor de la sentencia. Por lo tanto, tal distinción entre carácter normativo y no normativo del precedente vinculante y la “doctrina constitucional” es inexistente.

1.1.3.2. Dogmática hermeneútica

Como se ha visto anterioremtente, la dogmática jurídica tiene como propósito explicar *qué es* el Derecho en términos de la respuesta correcta a un problema jurídico concreto. Se ha visto además, que para cumplir con dicha tarea el dogmático debe enfrentarse a sus objetos de estudio, que son las diversas manifestaciones del derecho positivo (con especial preponderancia de la ley escrita), a través de diferentes enfoques o visiones respecto de cómo proceder de la manera correcta (lo que algunos identifican como una metodología).

Si bien esta metodología implica escoger la manera en la que se seleccionarán los hechos, las normas aplicables al caso y por supuesto, la forma en la que se interpretarán las disposiciones

jurisprudencia requiere necesariamente que la función interpretativa se dé en el marco de la función aplicadora, por la cual el juez aplica los hechos del caso a la norma que extrae de las disposiciones. FALCÓN Y TELLA, María José. *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*. Madrid: Marcial Pons, 2010.pp. 108-113.

jurídicas, no todos los dogmáticos o los juristas reflexionan sobre los fundamentos de los métodos que utilizan. De hecho, la gran mayoría asume un modelo de análisis jurídico de manera inconsciente, el mismo que puede variar permanentemente en función de innumerables variables: (i) dependiendo del tema que aborden, (ii) del público al que se dirijan; y, (iii) de la influencia que un nuevo autor pueda ejercer sobre ellos, etc.

A medida que se estudian los diferentes enfoques que los dogmáticos aplican en el análisis de los problemas jurídicos que abordan, sobre todo en los casos difíciles donde la respuesta no parece dada de manera evidente por una disposición específica, se pueden observar dos rasgos esenciales: (i) no solo sucede que los juristas poseen una teoría inconsciente acerca de la interpretación jurídica, sino que poseen una pequeña teoría acerca de lo el Derecho es –sin duda me estoy refiriendo a la tesis de Ronald Dworkin que desarrollaré luego–; y, (ii) en el fondo la dogmática jurídica exhibe un carácter prescriptivo acompañado de una pretensión meramente descriptiva, propia de las ciencias naturales.

Empezaré desarrollando esta segunda idea. De acuerdo a muchos teóricos del Derecho las funciones de la dogmática pueden clasificarse tomando en cuenta el objetivo que pretenden alcanzar. Una de las clasificaciones más agudas es la propuesta por Christian Courtis⁴¹, quien identifica tres funciones o tareas: (i) una tarea expositiva, en el caso de que el dogmático quiera exponer una sistematización sobre un conjunto de normas dispares aunque vinculables bajo algún criterio, (ii) una tarea descriptiva en el caso que el objetivo sea aclarar el “verdadero” significado de una disposición o de un concepto jurídico, y (iii) una tarea crítico prescriptiva, en el caso que el dogmático llegue a la conclusión de que existe una mejor respuesta jurídica que la que provee el ordenamiento positivo al problema que analiza, y reconociendo ello, propone la modificación de una parcela del ordenamiento jurídico.

Respecto a esta última función debo acotar que no la considero propia de la dogmática jurídica, aunque sí reconozco que es una actitud muy común en la mayoría de profesores y abogados que analizan el Derecho. La tarea crítico-reformadora no es parte de la dogmática en tanto que

⁴¹ COURTIS, Christian. *Op.Cit.* pp.113-115.

la razón que justifica el cambio del derecho positivo no es reconducible al ordenamiento mismo y, por lo tanto, debe apoyarse en cualquier criterio valorativo extra-jurídico-positivo⁴².

Las dos primeras tareas comparten el rasgo de ser descriptivas. Toda clasificación o sistematización de un conjunto de disposiciones normativas pretende describir aquello que es, aunque se entiende que la particularidad de esta actividad haya llevado a Courtis a clasificarla por separado. Lo interesante del análisis del autor es que reconoce que en toda tarea descriptiva que pretender aclarar el sentido de una disposición jurídica existe un elemento prescriptivo: quien sostiene que su interpretación es la adecuada descarta otros sentidos interpretativos y por lo tanto dicta la respuesta correcta⁴³.

Confrontados con esta paradoja, los operadores del Derecho llamados a analizar los casos difíciles, o las zonas de penumbra interpretativa, deberán optar entre soslayar la demanda de una justificación del sentido interpretativo que escogen o hacerle frente con las mejores herramientas posibles. Para Carlos Santiago Nino⁴⁴ esto incluye, en un primer nivel, los siguientes pasos: (i) determinar qué normas son las vigentes en el Ordenamiento Jurídico que se estudia, (ii) asignar significado a las normas vigentes con la ayuda de las técnicas de análisis semántico y sintáctico⁴⁵, (iii) determinar las consecuencias lógicas de las disposiciones

⁴² Es interesante resaltar que el campo de lo posible, jurídicamente hablando, es mucho más amplio en el actual contexto del constitucionalismo o neo-constitucionalismo. Esto significa que las demandas por reformas a nivel legislativo que se hagan en nombre de algún principio constitucional no deberán ser entendidas como demandas extra-jurídicas, sino todo lo contrario. Los principios, flexibles y más generales que las leyes o reglas jurídicas, permiten al operador jurídico arribar a una respuesta correcta que puede o no, incluir una reforma parcial del ordenamiento. En este sentido se expresa Susanna Pozzolo: “Del análisis de las argumentaciones neo-constitucionales lentamente emerge el favor para una noción de Constitución como norma. Lo que hace la diferencia al adoptar este modelo es el uso de una noción de Constitución como límite, sino una Constitución como objetivo; no más una Constitución-garantía, sino una constitución como camino (*costituzione-indirizzo*).” POZZOLO, Sussanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra editores, 2011.p.69.

⁴³ Plantear la idea de que un sentido interpretativo específico es el correcto dentro de todos los posibles, implica muchas veces una suerte de “reconstrucción posible del derecho positivo”. Esta reconstrucción, en opinión de Christian Courtis, incluye abordar los siguientes problemas: “(i) problemas de determinación semántica del sentido de los términos de las normas o principios que se pretenden aplicables, (ii) problema de determinación teleológica y axiológica (por ejemplo, la discusión acerca de los fines de la norma y de los valores que ella consagra), (iii) problemas de compatibilidad sistemática (por ejemplo, la determinación de los alcances de la coexistencia de dos institutos que responden a justificaciones opuestas), (iv) problemas de reconstrucción histórica (por ejemplo, la determinación del sentido originario de una norma o institución; (v) problemas lógicos (por ejemplo, la solución de inconsistencias normativas).” COURTIS, Christian. *Op.Cit.*pp-114-115.

⁴⁴ NINO, Carlos Santiago. *Op.Cit.*pp.343-346

⁴⁵ Daniel Mendoca realiza un importante estudio clasificatorio respecto a las aproximaciones a la interpretación jurídica, dividiéndolas en tres: (i) la aproximación cognoscitivista, cuyo máximo representante sería Ronald Dworkin,

analizadas; y, (v) escoger el sentido interpretativo idóneo a través de criterios que tomen en cuenta las consecuencias de tales decisiones interpretativas (para ello se debe echar mano de la filosofía así como de las ciencias sociales u otras ciencias).

La propuesta de Nino implica una última instancia argumentativa en la que el dogmático deberá justificar las normas con las que trabaja desde un punto de vista moral o axiológico⁴⁶. Esto se hará no solo sobre el contenido directo de la norma, sino tomando en cuenta si se respetaron los procesos de producción normativa y si por lo tanto nos encontramos frente a una norma legítima. Esta segunda etapa, por último, requiere que el sentido interpretativo escogido sea compatible con las normas positivas válidas.

En el caso del Derecho Constitucional, esta demanda por una justificación más robusta y comprometida con los ideales sustantivos de cada Ordenamiento Jurídico ha adquirido un significado exponencial en las últimas décadas, de manera particular en el Perú. Si bien existe consenso académico respecto a que resulta imposible determinar mediante una cláusula cerrada todas las características que engloban al concepto de constitucionalismo, un punto de apoyo confiable para acceder al mismo resulta la idea de limitación del poder estatal. Dicho límite implica usualmente la separación de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales que resultan exigibles frente al Estado.

sostiene que el significado de una norma (o disposición normativa) es algo que el intérprete desentraña de la misma disposición, afianzando la idea de que el Derecho siempre tiene una respuesta predeterminada para todos los casos posible y que es tarea del operador jurídico hallar la respuesta correcta, (ii) la aproximación no cognoscitivista, cuyo representante paradigmático sería Ricardo Guastini, sostiene que el significado de dichas disposiciones son adjudicadas por el intérprete, y por último, (iii) la aproximación intermedia, la cual sostiene que las disposiciones pueden ser a veces enunciados interpretativos informativos y otras veces estipulativos, siendo que en el primer caso se adoptará una interpretación que desentrañe el significado, mientras que en el segundo caso el significado le será adjudicado. En este segundo caso el intérprete le añade un sentido que antes no se encontraba recogido de manera expresa. “Esa decisión, sin embargo, no tiene por qué ser necesariamente arbitraria, puesto que puede hallarse fundada en determinados estándares valorativos adicionales (morales, sociales, políticos, económicos) a partir de los cuales se ponderan las consecuencias de la inclusión o exclusión.” En: MENDONCA, Daniel. *Las claves del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2008, p.156.

⁴⁶ Nino se sitúa al costado de otros filósofos del Derecho que abandonan el positivismo a través de la exigencia de la justificación moral de las normas jurídicas que se usan para resolver un caso concreto, destacando dentro de ellos: Ronald Dworkin y Robert Alexy. Para este último, el Derecho presenta una doble naturaleza: fáctica e ideal. Esta tensión que es exclusiva del Derecho responde en buena cuenta a la tensión entre el derecho positivo y la exigencia moral de las respuestas que se dan al interior de un sistema jurídico. Al respecto léase: ALEXY, Robert. *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. En: Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña Nº 5, 2001.

Dichas características pueden descansar sobre la base de un mero ideal normativo que puede, sin embargo, nunca llegar a concretarse necesariamente. De ahí que un criterio analítico fundamental a tomar en cuenta consiste en la observación del desarrollo de mecanismos institucionales conducentes a garantizar la efectividad de ambos elementos por parte de los diferentes Ordenamientos Jurídicos⁴⁷. Debido a que no es el momento de analizar en profundidad estos cambios ni de contrastar las características principales de los diferentes sistemas constitucionales, destacaré el rasgo que guarda relación estrecha con la nueva exigencia argumentativa que atañe a la dogmática constitucional. Se trata de la impregnación de valores objetivos sobre el sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico.

Siguiendo a Robert Alexy⁴⁸, la Constitución dejó de ser entendida como base de autorización y marco del derecho ordinario para irradiar sus valores y condicionar a través de estos a la legislación, la jurisprudencia y a los propios actores políticos. Dichos valores vienen expresados mediante una nueva morfología. Ya no estamos frente al prototipo de regla directa, específica y casi-evidente semánticamente, sino frente principios jurídicos que son generales, abstractos y pueden ser mejor comprendidos si se los asume como “mandatos de optimización”⁴⁹; esto es, como normas dirigidas a las instancias gubernamentales para que efectivicen lo estipulado constitucionalmente.

La diferencia no es adjetiva. Mientras que las reglas se cumplen o no se cumplen, los principios contienen una exigencia deónticamente calificada que merecerá el mayor grado de cumplimiento posible por parte de las autoridades competentes. A su vez, el intérprete o dogmático del Derecho será sometido a una exigencia hermeneútica distinta en la que el formalismo jurídico no aporta un modelo de razonamiento a la altura de las circunstancias.

⁴⁷ Aunque no es determinante, pues existen países donde el mecanismo no existe o no juega rol importante, el control jurisdiccional del contenido de la Constitución ha sido un modelo (no unívoco) de protección institucional de vital importancia que se ha desarrollado tanto en países de tradición euro-continental, como anglosajona. Al respecto Tushnet indica lo siguiente: “Lo poco adecuado de los compromisos puramente normativos de los funcionarios del gobierno y de los mecanismos electorales para servir de base al constitucionalismo ha llevado a la mayoría de naciones modernas a converger en un tercer arreglo constitucional: el *judicial review* (Control Constitucional) de las acciones del gobierno para determinar si corresponde con las limitaciones que el constitucionalismo extiende sobre el poder gubernamental.” TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra editores, 2013.p.62

⁴⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.pp-159-160.

⁴⁹ Esta idea es desarrollada por Alexy en: ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: Revista Doxa Nº 5, 1998.pp-139-150.

De hecho eso es lo que puede observarse en el ejemplo del acápite anterior: analizar el nuevo cambio institucional introducido en la jurisprudencia constitucional a través de una reconducción del contenido de los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional hacia conceptos jurídicos descontextualizados, en virtud del argumento de autoridad, no nos conduce a buen puerto. En el camino se terminan perdiendo distintos sentidos interpretativos que reconstruyen de mejor manera los posibles objetivos constitucionales y los valores que encarnan dichas disposiciones constitucionales.

Un buen ejemplo del análisis hermeneúutico que incorpora la lógica de los principios constitucionales, sobre el mismo problema jurídico, lo constituye el artículo del profesor Pedro Grández, titulado: *Las “peculiaridades del precedente constitucional en el Perú*. En dicho estudio, la diferenciación entre la doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional excede el mero análisis formal, tratando de reconstruir las bases que justifican una distinción tan sutil como caprichosa: ¿a qué se refiere el artículo VI del Código Procesal Constitucional exactamente?, ¿está estableciendo el carácter vinculante de toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?, si esto es así ¿en qué se diferencia del precedente constitucional?

El autor nos propone una ruta más diáfana y terrenal de la que la dogmática constitucional nacional nos tiene acostumbrados. Si bien adopta la expresión de “doctrina jurisprudencial” para contraponerla a la del precedente constitucional -citando a dichos efectos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional-, su aproximación no se manifiesta como esclava de los conceptos jurídicos, en lo absoluto.

El artículo deja muy en claro que la vinculatoriedad es algo que se predica de ambas figuras procesales por igual. Esto es, tanto las sentencias “lanas” del Tribunal Constitucional (jurisprudencia), como las sentencias deliberadamente seleccionadas como precedentes vinculantes resultan, en efecto, vinculantes. La diferencia se encuentra en la estructura de enunciación que adoptan y en el “público vinculante” al que se dirijen.

Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, en tanto concretización de sentidos interpretativos constitucionales que emanan de la más alta autoridad constitucional de nuestro ordenamiento, son objeto de seguimiento obligatorio en lo tocante a las razones específicas que justifican el resultado del caso concreto: la *ratio decidendi*, elemento que será analizado

más adelante. En el caso del precedente vinculante y por disposición expresa del artículo VII del Código Procesal Constitucional, el encargado de extraer la *ratio decidendi* del caso es el propio Tribunal Constitucional, quien incluso se ha arrogado la facultad de reescribirlo en un formato similar al de una regla o ley.

Por otro lado, queda claro que mientras la jurisprudencia constitucional en sentido “lato”, vincula a todos los jueces del poder judicial, el precedente constitucional vincula a todo el ordenamiento jurídico, con lo cual su poder de irradiación es más amplio y se asemeja al de una ley. La diferencia, para que quede claro, es de grados, no de carácter, como lo expresa claramente Pedro Grández⁵⁰.

Al margen de la claridad que imprime a un debate nada simple, lo más rescatable de su trabajo viene a continuación. El autor afirma que la figura del precedente constitucional no se originó con la promulgación del Código Procesal Constitucional, sino que hunde sus raíces en el seguimiento que el propio Tribunal Constitucional hizo de su jurisprudencia. Si bien nadie puede interpretar estas tesis bajo la premisa de que el autor equipara ambas figuras, las diferencias que existen entre ellas no reducen el alcance de la tesis del autor: la realidad nos muestra que existió una práctica constitucional de respeto a la jurisprudencia por parte del máximo intérprete de la Constitución peruana.

Además, se esboza una narrativa constitucional importante. El autor desea dar sentido a las figuras procesales contempladas en los artículos VI y VII, en el contexto del constitucionalismo peruano. Esto va más allá de analizar las posibles contradicciones lógicas entre dichas figuras, o interpretar los artículos a la luz del contenido formal de otras disposiciones. Según Pedro Grández, tanto la doctrina constitucional (jurisprudencia constitucional) como el precedente vinculante, cumplen dos funciones básicas que en la actualidad resultan propias de un Tribunal Constitucional. El precedente vinculante se encargaría de señalar la política constitucional a través de “pautas de concreción de la constitución abierta”, mientras que la “doctrina

⁵⁰ “El precedente normativo, o mejor aún, las normas que el Tribunal puede establecer a partir de su potestad de establecer precedentes, no constituyen un reemplazo del valor vinculante que también posee la doctrina jurisprudencial del Tribunal, identificable en las tendencias de su propia jurisprudencia.” GRANDEZ, Pedro. *Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú*. En: *Estudios del precedente constitucional*. Lima: Palestra editores. CARPIO MARCOS, Edgar y Pedro GRÁNDEZ CASTRO Coordinadores, 2007, p.94.

constitucional” sería la expresión de la defensa de los derechos fundamentales en su permanente conflicto⁵¹.

Las diferencias saltan a la vista. Los objetivos y fines que persigue el Tribunal Constitucional son repensados de acuerdo al nuevo contexto que imprime el advenimiento de las figuras de la jurisprudencia constitucional (o como algunos le llama, “doctrina constitucional”) y el precedente vinculante. Los principios que irradian al Derecho Constitucional peruano son llamados a intervenir en dicha reflexión crítica y la actitud que se adopta es la de proveer de sentido a las instituciones que se estudian, no de enunciar lo que éstas permiten y prohíben de manera formal y descontextualizada. Sin duda un ejercicio a la altura de los retos que plantea el constitucionalismo de fines de siglo XX y comienzos de XXI.

Dicha forma de hacer análisis jurídico deviene en una dogmática de alto nivel que es la que requiere nuestro medio académico. Sus fines son, sin embargo, los mismos que el del formalismo: desean aclarar el significado de reglas, principios o instituciones, o establecer propuestas de cambios en el caso de casos difíciles. Esto no puede ni debe entenderse nunca como una limitación. La diferencia radica en el enfoque que use la dogmática; siendo esta última, como se dijo, superior.

Llegado a este punto puede comprenderse mejor por qué resulta inevitable desviarnos de un análisis dogmático. Ya sea que estemos frente a una concepción formalista del análisis constitucional o frente a un enfoque hermeneúutico que incorpora la lógica de los principios constitucionales, la actitud de fondo será la misma: estamos tratando de encontrar la respuesta correcta a un problema jurídico desde una óptica interna comprometida con el resultado. Y esto podría aplicarse también a una propuesta con vistos de iusnaturalismo, como es el caso de la concepción del Derecho como integridad elaborada por Ronald Dworkin⁵². En esta propuesta los casos deben mostrar siempre coherencia con los principios políticos que sustentan la práctica jurídica de un Estado, aún así estos no se encuentren positivizados.

⁵¹ GRÁNDEZ, Pedro. *Ibid.* pp.96-97

⁵² Para Dworkin el propósito del Derecho es justificar el ejercicio del poder gubernamental. De esta forma, su teoría de la interpretación y del Derecho como integración apunta a que el estudioso del Derecho o el juez que va a decidir un caso, interprete los actos de los diferentes agentes jurídicos de manera constructiva. Los criterios que deben guiar la mejor reconstrucción de la práctica legal son criterios morales que reconduzcan dichas practicas con los principios políticos de la comunidad específica. Al respecto léase: DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa editores, primera edición de 1988, segunda reimpresión de julio de 2005.

En ambos casos, tanto en el dogmatismo como en el análisis dworkiniano⁵³, el agente encargado de responder al problema jurídico desea hallar la respuesta correcta usando las variables jurídicas consideradas como válidas y exigibles en dicha operación. Ambos mantienen una mirada interna comprometida con el resultado. A través de esos lentes resulta imposible apreciar qué ideas son las que sostienen las prácticas jurídicas que se dan por sentadas, o por válidas en el caso. Esto exige una apreciación descomprometida y desinteresada con la respuesta correcta al caso jurídicamente relevante. Lo que le interesa, por ejemplo, es conocer cómo una determinada institución pudo surgir en un momento determinado y qué ideas ayudan a sostener su aprehensión por parte de los integrantes de la cultura jurídica donde se inscribe. Los derechos, las obligaciones, las reglas y las instituciones vienen a ser objetos de estudio analizados bajo otra óptica, ya no como el significado de un conjunto de signos, sino como los síntomas que describen en la superficie las ideas que sostienen las prácticas que les dan sentido.

A continuación pasaré a presentar las características del Análisis cultural del Derecho como herramienta metodológica apropiada para responder a la pregunta central de la investigación: ¿qué factores hicieron posible la aparición del precedente vinculante?, ¿por qué razones –y de qué carácter- adoptó el precedente la estructura que exhibe?

1.2. El análisis cultural del Derecho como enfoque externo no comprometido

⁵³ Dicho sea de paso, Dworkin explica muy bien el enfoque que soporta la construcción de su teoría del derecho como integridad al empezar cuestionando aquellas propuestas metodológicas que apuestan por un enfoque científico, sociológico o histórico, que no prestan atención a los “enigmas jurisprudenciales sobre la caracterización correcta del argumento legal”. La idea de Dworkin es clara: no rechaza un enfoque sociológico ni histórico, pero sostiene que quien desee entender al Derecho tiene que empezar por reconocer su marcada y exclusiva calidad de práctica argumentativa. Cada actor, dentro del espacio del Derecho, entiende lo que está permitido y prohibido respecto de la verdad de ciertas propuestas que adquieren sentido dentro de la práctica jurídica. Para entender de esta forma al Derecho, nos dice Dworkin, existen dos caminos. El primero tiene que ver con la perspectiva externa del sociólogo o historiador, que se pregunta por qué algunas pautas del argumento legal se desarrollan más en ciertos períodos o bajo ciertas circunstancias que en otras. El otro camino, el que él escoge para construir su teoría, es un camino marcado por la perspectiva interna de los que hacen el reclamo. Su interés, antes que histórico, es práctico. Por lo tanto no intenta llegar a proponer predicciones respecto a forma en la que se harán reclamos legales, sino que expondrá argumentos sobre cuáles de estos reclamos serán aceptados y por qué. Incluso, añade el propio Dworkin, “no desean teorías sobre cómo la historia y la economía han moldeado sus consciencias sino el lugar de estas disciplinas en el argumento sobre qué es lo que el derecho requiere que hagan o tengan.” DWORKIN, Ronald. *Ibid.* pp-132-163.

Una de las diferentes aproximaciones al Derecho como fenómeno social que puede realizarse de manera no-comprometida con las prácticas que se llevan a cabo en su interior es el Análisis Cultural del Derecho. Este análisis no niega que sea necesario adoptar una postura o una teoría acerca de lo que es el Derecho y lo que en consecuencia podemos esperar de él. Por el contrario, reconoce que este nivel de discusión es infranqueable y que no podemos discutir un problema jurídico con sólidas bases si no tenemos claro qué teorías seguimos y hasta qué punto lo hacemos.

Sin embargo, es necesario dejar por un momento este enfoque sobre el Derecho si nuestro objetivo es explicar quiénes somos como comunidad, jurídicamente hablando. Al hacerlo no necesitamos dar cuenta de lo que observamos con el propósito de esbozar reglas y límites respecto a los comportamientos que debemos tener o los límites de aquello que podemos y no podemos esperar en nuestra comunidad. El rol prescriptivo interfiere en la tarea del Análisis Cultural del Derecho, que consiste en interpretar los significados de las prácticas jurídicas que observamos, sobre todo al tomar en cuenta los discursos y las ideas que sostienen lo que se dice y, más importante aún, lo que *no* se dice al interior de la práctica jurídica. Por supuesto, al ser un producto cultural, el Derecho como fenómeno social requiere ser analizado bajo algunas herramientas metodológicas que se suponen aptas para interpretar los diferentes factores que lo producen. A continuación explicaré el contexto del Derecho como fenómeno social y las diferentes aproximaciones conceptuales que nos permitirán entender la manera en que se reproduce en nuestra sociedad.

1.2.1. De la actitud necesaria para aprehender la cultura en el Derecho

Como se ha visto en el apartado precedente, la perspectiva interna comprometida con el resultado es la perspectiva habitual e imperante en los estudios sobre el Derecho. Esta perspectiva no es privativa de los jueces abogados a las causas que deben resolver, sino que alcanza a los dogmáticos del Derecho que, creyendo actuar de manera objetiva y científica, se encuentran ejerciendo la práctica que dicen analizar.

Si desde una perspectiva llana y a manera de concepto débil y funcional, tenemos que el objeto de “análisis” de dichos dogmáticos son las normas jurídicas, los conceptos jurídicos (o instituciones), los otros agentes estatales competentes, la jurisprudencia y la propia doctrina; lo

que hacen los dogmáticos al reclamar su interpretación de dichos objetos como la correcta o la detentadora del sentido verdadero es: “participar del juego”. Ellos extienden el significado semántico de esos objetos inmediatos para aclararlos o para evitar futuros problemas en su aplicación y con ello forman parte de un proceso de adscripción de significado que, sin embargo, se mantiene en la superficie de la práctica jurídica.

Harold J. Berman llegó a la misma conclusión luego de escribir su famoso libro *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, que en español fue traducido como *La formación de la tradición jurídica de Occidente*⁵⁴. En la introducción a su magnífico trabajo, Berman sostiene que es posible rastrear algunas continuidades del antiguo Derecho Romano en las prácticas jurídicas del Derecho Medieval e incluso en el Derecho Moderno. Sin embargo, advierte que “ni haciendo el mayor esfuerzo de imaginación podríamos identificar el sistema jurídico, por ejemplo, de la ciudad libre de Pisa en el siglo XII, que adoptó muchas de las reglas del derecho romano encontradas en los recién descubiertos textos del emperador bizantino Justiniano, con el sistema jurídico del Imperio en que reinó éste. Las mismas fórmulas tenían significados muy diferentes.”⁵⁵

Partiendo de una reconstrucción que supone la caracterización de Occidente como una cultura o civilización histórica particular que recoge la herencia de Grecia y de Roma en contraste con la idea de Oriente, más identificado con la herencia histórica del Islam, India y el “lejano Oriente”, Berman sostiene que adoptar el concepto de Derecho como “sistema de reglas” no resulta de utilidad para capturar los contenidos que nos ofrece la tradición jurídica de Occidente. Para él, hablar de tradición jurídica Occidental es, por el contrario, entender al Derecho como un proceso en el que las reglas adquieren sentido en el contexto de instituciones, valores y modos de pensamiento⁵⁶.

Su investigación, tal vez la más lograda en el campo de la Historia del Derecho, tiene como objetivo contar la historia del desarrollo de una cultura jurídica o, para ser más precisos, de su formación. Esta formación se encuentra marcada por dos hechos históricos fundamentales, a saber: (i) que hacia fines del Siglo XI y en el transcurso del Siglo XXII, las instituciones jurídicas

⁵⁴ BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

⁵⁵ BERMAN, Harold, J. *Ibíd.* p.13.

⁵⁶ BERMAN, Harold, J. *Ibíd.* p.21

de Occidente se desarrollaron continuamente a lo largo de generaciones y siglos; y, (ii) que este proceso consciente de desarrollo continuo es concebido como un proceso no solo de cambio, sino de “desarrollo orgánico”. Ello evidencia que los ejes primordiales que hacen posible la aprehensión del sentido que las prácticas jurídicas adquieren en una determinada sociedad son los cambios y las continuidades, esto es: su inclusión en el contexto histórico.

Por lo tanto, dos ideas destacan con nitidez a esta altura: (i) resulta un error identificar el Derecho con un sistema de reglas si el objetivo de la investigación es comprender las características de una cultura jurídica específica; y, (ii) existe la necesidad de observar o tratar de captar el sentido de las prácticas jurídicas tomando en cuenta las continuidades y sobre todo, las rupturas que dichas prácticas presentan en el devenir histórico. Aquí es oportuno precisar que no hay ninguna razón válida para pensar que manifestaciones jurídicas positivas o expresas como las leyes, la jurisprudencia o los códigos civiles no constituyan en sí mismas rasgos que definan elementos esenciales de una cultura jurídica. Nadie, por citar un ejemplo, se atrevería a manifestar que el artículo II del Título Preliminar del Código Penal⁵⁷, que recoge el principio de legalidad, dice poco o nada acerca de la manera en la que nuestra cultura jurídica entiende la responsabilidad penal y los límites del poder Estatal para sancionar a un individuo.

El problema reside en que si nuestro objetivo es captar las particularidades de nuestra cultura jurídica en el campo específico de la responsabilidad penal, no basta con acudir a las manifestaciones superficiales (y sustantivas) de las reglas positivas que regulan dicha rama del Derecho, sino que será necesario comprender las ideas que acompañan a la puesta en práctica de esos principios. Esto se hace mucho más necesario si deseamos captar diferencias entre culturas jurídicas que provienen de la misma tradición, donde dichas distinciones serán mucho más sutiles y el ejercicio de indagación requerirá que la atención sea puesta en la manera en la que los agentes del Derecho y los ciudadanos asimilan las manifestaciones superficiales del Derecho. Esto implica a su vez, la búsqueda de esas ideas que “se dan por sentadas” pero que son las que finalmente explican y dan sentido a dichas manifestaciones.

⁵⁷ Artículo II.- Principio de Legalidad.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Usaré un caso práctico para ilustrar de mejor manera las ideas esbozadas en los párrafos precedentes. La responsabilidad penal se encuentra legalmente delimitada por los principios contemplados en la Constitución Política del Perú de 1993 y, de manera más específica, por el Código Penal de 1991. Aunque no es mi intención realizar un estudio pormenorizado sobre el tema, parece razonable afirmar que en ninguna disposición positiva se encuentra especificado que el único sujeto pasible de una sanción penal (o incluso administrativa) es el ser humano y que, por lo tanto, los animales se encuentran excluidos de dicho reproche jurídico. Sin embargo, la historia del Derecho de Occidente nos demuestra que esto no siempre fue así y que hubo un período en el que se llevaron a cabo procesos contra animales.

Pablo de Lora rescata el valioso relato elaborado por Francisco Tomás y Valiente sobre el proceso que se siguió en contra de unas langostas en Segovia, como consecuencia de una plaga que tuvo lugar entre los años 1647 y 1650, dejando considerables daños a las cosechas de la localidad de Párraces⁵⁸. El proceso, muy bien descrito por Tomás y Valiente, contó todas las formalidades de la ley. Se interpuso una querrela detallando los daños ocasionados por las langostas, haciendo hincapié en la reducción de las cosechas y la consecuente reducción de las limosnas, solicitándose su excomuni3n. Las langostas, por su parte, no se vieron desprotegidas y contaron con un abogado. Al proceso acudieron, adem3s, un fiscal y algunos patronos de la comarca. El juez de la causa, el fray Pedro de la Trinidad tuvo que resolver la duda te3rica respecto de si las langostas podían ser excomulgadas, algo que no parecía tan razonable en contraste con el hecho de que sean consideradas sujetos procesales. Finalmente decidi3 que lo mejor era condenar a las langostas al destierro, concediéndoles tres días de plazo so pena de ser excomulgadas. Seg3n Pablo de Lora, incluso en esa medida se respet3 el principio de publicidad y de seguridad jur3dica, pues la decisi3n fue debidamente notificada. Como era de esperarse, las langostas nunca se marcharon, desentendiéndose del derecho aplicado por el juez de la causa. Al final, su excomuni3n fue inevitable.

Este relato en modo alguno cambia la percepci3n de que nos resulta literalmente increíble considerar la responsabilidad jur3dica de un animal, menos a3n la penal. Sin embargo, no hay ninguna norma positiva que lo proscriba. Este ejercicio sirve para observar, con mayor claridad, que el sentido cultural de lo que entendemos por responsabilidad penal posee un conjunto de

⁵⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Delincuentes y pecadores*. En: *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid: Alianza editorial, 1990.pp.11-31. Citado por: De LORA, Pablo. *Justicia para los animales. La 3tica m3s all3 de la humanidad*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.pp-45-46.

ideas que se dan por asumidas respecto de la idoneidad del sujeto que es susceptible de ser castigado. Algunas de estas ideas pueden estar recogidas en trabajos dogmáticos y tal vez algunas hasta se molesten en distinguir entre las facultades que posee el ser humano y de las que carecen los demás animales no humanos, que justificarían que solo los primeros sean considerados como pasibles de dicha sanción.

¿Sucede lo mismo con la idea de otorgarles derechos a los animales? Esta es una cuestión distinta a la anterior y que en los últimos años ha desatado intensos debates en otros países acerca de la consistencia jurídica de su fundamentación. En el Perú, desde el año 2000, los dueños de animales domésticos y animales silvestres mantenidos en cautiverio poseen una serie de obligaciones respecto de dichos animales en virtud de la Ley N.º 27265, “Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en cautiverio”. La pregunta cae por su propio peso: ¿el hecho de que los dueños de estos animales tengan obligaciones para con ellos significa que los animales poseen derechos subjetivos?, ¿y si poseen derechos subjetivos, son sujetos de derecho?

Los dos casos expuestos arriba demuestran dos maneras de aproximarnos a la cultura del Derecho, al menos a cierto ámbito de dicha cultura. En el primer caso no ha existido un cambio normativo en el sistema de Derecho que se someta a evaluación, pero urgando en las ideas que sostienen las reglas positivizadas y las prácticas jurídicas llegamos a toparnos con “lo impensable”; es decir, con la idea de que los animales puedan ser sometidos a procesos y que cuenten con todas las garantías del caso. De ahí en adelante puede emprenderse toda una reconstrucción de las ideas que sostienen la forma en la que efectivamente entendemos la responsabilidad en nuestra cultura jurídica. Como se ve, partimos de un contraste hipotético y de la mano de “lo impensable”, emprendemos un viaje por los silencios que escoden ideas que se dan por sentadas.

En el segundo caso tenemos una discontinuidad, un cambio. Se promulga una ley que impone obligaciones sobre las personas que tienen a su cargo a una clase específica de animales y con ello brotan preguntas que antes no parecían relevantes. Estos momentos son especialmente interesantes porque ante la presencia del cambio es donde mejor se pueden apreciar las ideas que fundamentan las nuevas reglas jurídicas que se introducen en el Ordenamiento. Es como si se produjese un movimiento sísmico y de pronto tenemos acceso a

los zócalos que sostienen la superficie, con la diferencia de que la superficie no queda destruida sino que es reconstruida mediante la asimilación del cambio. Este aspecto es fundamental porque incluso los silencios nos dicen algo. Esto pasó de manera concreta con la Ley N° 27265, en tanto en nuestro medio, nadie consideró⁵⁹ que con dichas obligaciones se estaba reconociendo que algunos animales sí tenían la cualidad de ser sujetos de derecho. Además, como veremos más adelante, “los muchos silencios” que hubo respecto a la novísima configuración del precedente constitucional configuran un elemento esencial que nos revela mucho de nuestra cultura jurídica.

Estos esbozos de investigaciones en zonas específicas de la cultura jurídica peruana requieren un manejo de los conceptos y de las reglas jurídicas que serán objeto de estudio. La diferencia radica en que este conocimiento, o perspectiva interna, debe ser el primer paso para adoptar una perspectiva externa no comprometida con el resultado; esto es, no preocupada con la respuesta correcta en términos de validez. Así, la pregunta respecto a la consideración de los animales como sujetos de derecho no se realizará desde el enfoque que se preocupa por saber si de acuerdo a nuestras reglas los animales *ya son* sujetos de derecho, sino que usa este caso problemático para indagar por los rasgos culturales de nuestra práctica jurídica respecto a la caracterización del “sujeto de derecho”.

Vale la pena aclarar que no le resta legitimidad a una investigación con dichos propósitos, el hecho de que se sostenga que, de una revisión de las normas positivas, existen argumentos para sostener la “reivindicación” del estatus de sujeto de derecho de los animales (al menos los contemplados en la ley específica), aunque ello será solo un punto de referencia, pues lo interesante para un investigador no comprometido con el resultado está en averiguar qué implicancias tiene el rechazo o el desdén académico hegemónico de la doctrina peruana respecto a esta posibilidad: *algo* debe decirnos ese silencio o esa negación respecto a nuestra cultura jurídica.

La tarea que se emprederá, una vez asumida la posición externa no comprometida con el resultado, implica poner entre paréntesis cualquier pretensión de verdad sobre el Derecho. Implica renegar, en buena cuenta, de la respuesta correcta. Solo de esta forma, siguiendo una

⁵⁹ Al respecto léase: DYER, Edward. *Los animales frente al Derecho: el caso de sus derechos subjetivos*. En: Revista Ruptura. Quito: Número 55, 2012. En el artículo sostengo que a través de dicha ley sí se reconocieron derechos subjetivos a los animales y en consecuencia, su calidad de sujetos de derecho.

suerte de método crítico aplicado a la cultura, será posible descubrir las ideas y significados que sostienen las prácticas explícitas, o en nuestro caso el derecho positivo en sí; las cuales suelen darse por sentadas y sirven para discernir aquello que es posible imaginar como producto jurídico, de aquello que no. A estos efectos resulta esclarecedor el concepto de cultura de Georges Canguilhem:

“(…) una cultura es un código de ordenamiento de la experiencia humana bajo una triple relación: lingüística, perceptiva y práctica; una ciencia o una filosofía son teoría e interpretación del orden, pero no se aplican directamente a la cultura sino que suponen la existencia de una red o de una configuración de formas de aprehensión de las producciones de la cultura que constituyen ya, en relación con esta cultura, un saber que está más acá de las ciencias o de las filosofías.⁶⁰”

Esto es lo que parece asumir Paul Kahn cuando sostiene que es necesario tomar prestada la actitud crítica de Kant, dirigida a descubrir cuáles son las condiciones que hacen posible el conocimiento humano, y llevarla hacia el terreno de la cultura. La influencia de Foucault es ineludible y el propio Kahn así lo considera cuando sostiene que llegar a examinar las condiciones conceptuales que sostienen las prácticas jurídicas es una tarea que requiere de un nivel de análisis cultural, antropológico e histórico⁶¹.

Aunque pudiera parecer una contradicción, es necesario pasar de un *a priori* epistémico a un *a priori histórico*: ese “saber más acá” que es el presupuesto del ordenamiento de las experiencias culturales mismas y que Foucault bautiza con el nombre de *episteme*⁶². Si se logra entender a las prácticas sociales como juegos que contienen reglas y formas de comportamiento esperadas que son el producto histórico de una comunidad determinada, resultará más sencillo comprender que el objetivo es desentrañar la relación que existe entre

⁶⁰ CANGUILHEM, Georges. *¿Muerte del hombre o agotamiento del cogito?* En: VV.AA. *Análisis de Michel Foucault*. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1970, pp.128-130.

⁶¹ KAHN, Paul. *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001, p.52.

⁶² FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. México D.F.: Siglo XXI editores, 1979. p.158.

las acciones y las creencias de los individuos que forman parte de una comunidad a fin de hallar las creencias que sostienen dichas acciones⁶³.

El objetivo de captar los significados que sustentan las prácticas sociales en el caso del Derecho posee como particularidad el que estas se encuentren insertas dentro de un espacio de reproducción de significados que cuentan con reglas explícitas que lo diferencian de otros sistemas normativos o incluso, de otros sistemas de Derecho. Me refiero al caso del Estado de Derecho. A continuación analizaré las características culturales de este espacio que da cabida a las prácticas jurídicas modernas y que en Occidente guardan similitudes tan amplias que es posible una caracterización general. Basta por el momento con precisar que la actitud del analista cultural del Derecho suele dudar de las tres características dogmáticas del sistema jurídico. Esto es, de su unidad, coherencia y plenitud, y sospechan más bien, “que los elementos de este sistema no están bien ordenados, que no todos apuntan hacia una sola dirección, y que ciertamente no solo hay tensiones, sino contradicciones, dentro de estas creencias que apoyan a la práctica cultural del Estado de Derecho.”⁶⁴

1.2.2. Génesis del discurso que fundamenta la idea del Estado de Derecho.

La caracterización del concepto de Estado de Derecho no es pacífica en la doctrina. Existen muchas clasificaciones que rescatan aspectos esenciales y depuran aspectos considerados como “adjetivos”. A efectos de obtener un punto de apoyo teórico que permita iniciar un análisis de las características culturales subyacentes, se puede caracterizar al Estado de Derecho como el límite al abuso del poder estatal por medio de la ley.

Esta idea que suele ser encarnada a través del “principio de legalidad”, sostiene que todo acto estatal, incluido primordialmente el acto de gobierno, se encuentra disciplinado por una norma jurídica previa que le otorga validez. Esta idea, que cobra mayor desarrollo en el auge de la Ilustración europea, es desarrollada tanto en la Europa Continental como en los países anglosajones. En este último caso, un ejemplo paradigmático del desarrollo doctrinario de los cimientos del Estado de Derecho lo constituye la defensa de la idea de “publicidad” de los actos

⁶³ Como bien apunta Paul Kahn: “La ambición es lograr una representación de los significados en juego en esta práctica social. El estudio toma las construcciones sociales como dadas para explorar sus condiciones conceptuales e históricas.” KAHN, Paul. *Op.Cit.*p.58

⁶⁴ KAHN, Paul. *Ibid.*p.54

de gobierno, esbozada por Jeremy Bentham⁶⁵. Sin embargo, como bien apunta Twining, lo que escapa a esta idea es el hecho de que los actos del soberano no necesariamente están llamados a ser constreñidos por la ley, rasgo determinante que convierte al Estado de Derecho o *Rule of Law*, en un bien fundamental para el ser humano⁶⁶.

En el caso eurocontinental tenemos a Kant, quien en su texto “En defensa de la Ilustración”, desarrolla la idea de la *Constitutionis Civilis* como la unión de personas libres en una República, lo cual hace posible el derecho de los hombres bajo las leyes coactivas públicas. La finalidad de tal asociación de hombres libres bajo leyes públicas sería la de adjudicar a cada uno lo suyo. Así, en palabras de Kant:

“El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en cuanto sea posible según una ley universal; y el derecho público es el conjunto de las leyes externas que hacen posible tal concordancia sin excepción.⁶⁷”

Kant no abandona su postura crítica y sostiene que los principios en los que se funda el estado civil son principios *a priori* y son tres: (i) la libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre, (ii) su igualdad con los demás, en cuanto súbdito; y, (iii) la independencia de cada miembro de una república, en cuanto ciudadano. Los principios que resultan determinantes a efectos del presente trabajo son los dos últimos. Según el segundo principio, Kant entiende que cada miembro de la república tiene derechos de coacción frente a cualquier otro, salvo respecto del jefe de la república, el cual es el único que tiene facultad de coaccionar sin estar el mismo sometido a las leyes. El jefe de Estado no puede estar coaccionado, pues sino no sería jefe de Estado y la serie de subordinación se remontaría al infinito⁶⁸. Con el desarrollo de esta idea la teoría republicana Kantiana pareciera escindirse de cualquier similitud con la idea del

⁶⁵ BENTHAM, Jeremy. *Securities Against Misrule and Other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

⁶⁶ TWINING, William. *General Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp.332-333. Twining destaca un hecho contemporáneo relevante. En la práctica, la aplicación del concepto de Estado de Derecho a una pluralidad de situaciones y condiciones fácticas ha hecho que el valor del mismo se encuentre en crisis. Como ejemplo de ello cita el hecho de que en el año 2002 el Banco Mundial sostuvo que apoyó 300 proyectos vinculados al Rule of Law en más de 100 países. De manera ligera, adscribió ese adjetivo a todos los proyectos que implicasen una reconstrucción del sistema judicial y de instituciones legales en general.

⁶⁷ KANT, Immanuel. *En defensa de la ilustración*. Barcelona: Alba editorial, 1999. p.259

⁶⁸ KANT, Immanuel. *Ibid.* pp.261-262.

Estado de Derecho. Sin embargo, el análisis del tercer principio nos muestra que dicha distancia es más corta de lo aparente.

El principio de la independencia de un miembro de la república, en cuanto ciudadano, supone su independencia en tanto que co-legislador. Esto implica que todos son iguales debido a que están sometidos a la ley pública, pero también en tanto poseen igual derecho a dictar las leyes. Esto último diferencia a los ciudadanos de los protegidos, ya que estos últimos deben someterse a las leyes y pueden incluso beneficiarse de ellas, pero quedan excluidos del derecho de dictarlas. Kant entiende que la única ley posible que gobierne a todos es una ley general que debe emanar de la voluntad popular general: el contrato originario. Vale la pena recordar que este contrato originario no tiene por qué ser necesariamente un hecho histórico. Las leyes que procuran la felicidad de los ciudadanos tienden a ser desarrolladas en una única dirección y en todo caso, el legislador debe obrar dictando leyes “como si pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo (...).⁶⁹”

Es interesante destacar cómo, previamente, Montesquieu había extendido el significado de “Constitución” a la protección del ciudadano⁷⁰, producto del estudio de los sucesos políticos acaecidos en Inglaterra⁷¹. Con esto, la regulación del poder estatal adquiría nuevas dimensiones, habiéndose colocado un nuevo objetivo infranqueable: el ciudadano. Como enfatiza Horst Dippel, lo que hizo Montesquieu, incluyó por supuesto el desarrollo de las ideas de la separación de los poderes, es un giro copernicano; y como consecuencia de ello, “el concepto de *Konstitution* del absolutismo iustrado -de acuerdo con el cual la constitución era tanto la realidad de un Estado como el conjunto de sus leyes más importantes relativas al ejercicio de poder y a la sucesión monárquica-, fue socavado poco a poco en vísperas de la

⁶⁹ KANT, Immanuel. *Ibid.* pp.268-269

⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles Lois de Secondat, Señor de la Brède. *El espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Editorial Losada, 2007.

⁷¹ Me refiero a la revolución de Inglaterra que tomara lugar entre 1640 y 1689. Como menciona Berman, los historiadores han solido referirse a la revolución inglesa como la “Gloriosa Revolución de 1689”, apuntando a la creación de una nueva dinastía por parte del Parlamento inglés, quien la controlaba estableciendo los límites de su gobierno. Esto implicó la invasión a Inglaterra de Guillermo III al mando de quince mil hombres, provocando uno de los mayores derramamientos de sangre de la historia inglesa. Sin embargo, para Berman es necesario contemplar toda la escena desde la revolución puritana, pasando por la respuesta de los Estuardo en el año 1649, denominado período *Interregnum*, para finalmente desembocar en la invasión antes citada. Las bases del control del poder monárquico, así como las libertades de expresión y de religión fueron sembradas en este período de la historia. Al respecto léase: BERMAN, Harold. J. *Law and Revolution II. The impact of the Protestant Reformations on The Western Legal Tradition*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2003.p. 205 y siguientes.

aparición de las primeras constituciones modernas en los Estados Unidos de América”⁷². A partir de entonces, el acento se coloca en los derechos que los individuos detentan en cuánto ciudadanos, conformando una nueva clase de barrera al ejercicio arbitrario del poder.

En base a la distinción de estos dos estadios en el desarrollo del Estado de Derecho, algunos autores como Luigi Ferrajoli sostienen que puede distinguirse entre un Estado de Derecho formal, al que él denomina “Estado legislativo de Derecho” y uno sustancial, al que denomina “Estado Constitucional de Derecho”. El primero es fruto de la primera revolución jurídica que limitó la arbitrariedad del poder estatal a través de la afirmación del monopolio estatal y la legitimación formal de los actos del gobierno en tanto corresponden a las prescripciones formales previstas para su desarrollo. Por su parte, el “Estado Constitucional de Derecho”, respondería a la segunda revolución jurídica moderna que es la dependencia de la producción del derecho a los principios jurídico-normativo contemplados en la Constitución, y de manera especial a los derechos fundamentales⁷³. Ferrajoli reconoce que la sujeción del poder estatal puede darse no necesariamente en función de la adopción de ciertos derechos o principios expresos en algún documento, sino que puede hacerse de facto, como ocurrió en el caso inglés y el *Rule of Law*; “que pese a no haber conocido ni codificaciones ni constituciones integra sin duda un modelo de estado de derecho en sentido estricto o fuerte, hasta el punto de haber inspirado toda la construcción del estado de derecho en el continente europeo.”⁷⁴

Como puede apreciarse, existe una relación cercana entre el desarrollo del Estado de Derecho o *Rule of Law*⁷⁵, y el desarrollo del constitucionalismo. Ello no es raro por cuanto este último

⁷² DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons. pp.16-17.

⁷³ Aunque escapa a los fines de la presente investigación, resulta interesante destacar que para Ferrajoli el “estado constitucional de derecho” representa el conjunto de límites y vínculos jurídicos (formales y sustanciales) que deberían envolver cualquier ejercicio de poder, no sólo público sino además privado, no sólo ejecutivo, sino también legislativo y por último, no sólo en los ordenamiento estatales sino también en las relaciones internacionales. Agrega además, que en virtud del paradigma constitucional, el derecho regula no solo su “ser”, sino su “deber ser”; por ello el autor se refiere a que el derecho queda supeditado a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. FERRAJOLI, Luigi. *Op.Cit.*p.463.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op.Cit.*p.462.

⁷⁵ Aunque algunos autores se han esforzado por afirmar la distinción entre ambos conceptos, tales distinciones solo pueden tener sentido en cuanto al origen histórico del desarrollo de esos modelos, no en cuanto a sus alcances normativos. Tal es la sinrazón de hacer dicha distinción que autores del common law como Paul Craig desarrollan también la idea de una percepción formal y sustancial de la Rule of Law: “Las concepciones formales del rule of law versán sobre la forma en la que el derecho fue promulgado (fue promulgado por la persona autorizada...); la claridad de la norma dictada (fue lo suficientemente clara para guiar la conducta de un individuo como para permitirle a una persona planificar su vida, etc.); y la dimensión temporal de la norma (fue promulgada

articula el desarrollo teórico de la legitimidad del gobierno -y del Estado- y coloca al ciudadano en el centro de su fundamentación y ejercicio de poder. Más allá de la influencia del racionalismo en la construcción de las primeras propuestas legales modernas de sistematización de reglas y principios jurídicos que pudimos apreciar encarnado en el ejemplo de Leibniz, la idea de los derechos subjetivos y de las normas de control del poder estatal terminan por completar el escenario en el cual se mueve la práctica jurídica: la tensión entre la legitimidad y la razón y la consecuente válvula de escape que es la idea de la constante reforma.

Antes de abordar ambas características fundamentales de la cultura jurídica occidental contemporánea vale la pena rescatar el momento de la génesis de la idea del Estado de Derecho en el Perú. Para ello debemos remontarnos a la época colonial y para ser más específicos, a su último periodo denominado por algunos como la “tardocolonia”.

El elemento central que permitió el desencadenamiento de las primeras ideas críticas al despotismo español fue la libertad de prensa decretada por las Cortes de Cádiz en 1810, la cual entró en vigor el 18 de abril de 1811, fecha que ha servido para distinguir dos etapas en lo referente a la publicación de diarios peruanos en la tardocolonia⁷⁶. Si bien los diarios que surgieron con posterioridad a dicha fecha como *El Peruano*, *El Satélite del Peruano*, *El*

con efectos hacia el futuro...). Las concepciones formales del rule of law, sin embargo, no apuntan a analizar el verdadero contenido de la ley misma. Estas no se preocupan por determinar si la ley es una buena o una mala ley, siempre y cuando los preceptos formales del rule of law se hayan respetado. Aquellos que adoptan concepciones sustanciales del rule of law seek buscan ir más allá. Aceptan que el rule of law posee los atributos formales mencionados anteriormente, pero desean llevar a la doctrina más lejos. Sostienen que ciertos derechos sustantivos se basan o derivan del rule of law. El concepto es usado como fundamento de estos derechos, que luego son usados para distinguir entre “buenas” leyes”, que obedecen a estos derechos, y “malas leyes”, que no lo hacen.” CRAIG, Paul. *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*. En: *Public Law*, p. 467. Citado por: TWINING, William. *Op.Cit.*p.333.

⁷⁶ Al decir que la libertad de imprenta fue el elemento que posibilitó la propalación de estas ideas no pretendo sostener que fue la causa de las mismas. Antes que eso, debe reconocerse que la invasión napoleónica fue la que condujo a un cambio de política en la península y a los consiguientes reclamos en América. Producto del nuevo panorama político, en 1810 se convocó a una Junta Central en Sevilla, a razón de la cual se hizo un llamado a las Cortes, cuya labor dio como resultado la Constitución de Cádiz de 1812, de corte liberal, la cual reconocía la libertad civil, la propiedad y los demás derechos de los individuos que la componen. El cambio radical instaurado por la nueva (y primera) Constitución no puede expresarse de mejor manera que en el reconocimiento de la ciudadanía española de los propios indígenas, plasmado en su artículo 18. Una de las tensiones centrales que trajo este nuevo escenario político entre los intelectuales peruanos y la política española provino, como lo rescata Guerra, de la forma en la que se llevó a la práctica esta concesión de ciudadanía a los americanos, la cual devino en una sub-representación de los territorios fuera la península. Al respecto léase: GUERRA, François-Xavier. *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. México D.F.: Editorial Mapfre, 1997.

Verdadero Peruano, El Investigador, El Peruano Liberal, El Argos Constitucional, El Anti-Argos, El Cometa y El Clamor de la Verdad, no estuvieron cerca de repetir el éxito cuantitativo, expresado en la cantidad de suscriptores, que tuvo *El Mercurio Peruano*; en esta segunda etapa se puede percibir un importante debate doctrinario constitucional respecto al despotismo del virreinato auspiciado por la propalación de las ideas liberales.

Si bien no se puede hablar de una discusión pública moderna en los términos habermasianos, debido a que como indica François-Xavier Guerra⁷⁷, lo que impidió esto por encima de los breves debates doctrinarios fue la unanimidad imperante en los regímenes leales a la Regencia que asumieron que la información era una prerrogativa casi exclusiva de las autoridades (cuya administración era la plasmación de un control legítimo⁷⁸), este periodo fue testigo de la propalación de ideas desafiantes tal como lo expresa este artículo de Hipólito Unanue titulado “El ciudadano español”:

“La España por la grandeza de su espíritu y la nobleza de sus pensamientos, intentó restaurarlos al echar las bases de su monarquía; pero fue luego oprimida por la tiranía, la ignorancia y el fanatismo. Congregáronse estos terribles azotes del linaje humano, para abatir y esclavizar las almas españolas; y lo consiguieron en tal manera, que a los hombres más amantes de la libertad los hicieron amar la servidumbre.”⁷⁹

Aunque de duración breve, el impacto que causó el *Argos Constitucional* fue muy importante. Con el objetivo de emular la línea trazada por el diario *El Peruano*, *El Argos Constitucional* se dedicó a analizar las sesiones de las Cortes bajo una perspectiva constitucional doctrinal. Una de las ideas más interesantes que desarrolló dicho diario fue la que giró en torno a la noción de soberanía de la nación como fundamento de la constitución de 1812:

“La nación soberana pudo y debió en ejercicio de su soberanía constituirse, y la conservación de esta libertad es y será siempre el garante de su existencia, sin que

⁷⁷ GUERRA, François-Xavier. *Voces del pueblo. Redes de comunicación y orígenes de la opinión en el mundo hispánico (1808-1814)*. En: *Revista de Indias*, N.º225. Madrid, 2002.p.382. Citado por: PERALTA RUIZ, Víctor. *La independencia y la cultura política peruana*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2010.p.170.

⁷⁸ De hecho existió un órgano formal que se encargaba de evaluar el contenido de las publicaciones de manera *ex post*: la Junta Provincial de Censura.

⁷⁹ UNANUE, Hipólito. En: *El Verdadero Peruano*, t. I de 1813, citado en CDIP. *Los ideólogos*, 1974: t.I, vol. 8, 809. Citado por: PERALTA RUIZ, Víctor. *Op.Cit.*p.182.

pueda enajenarse jamás de este derecho, del mismo modo que no pueden enajenarse los hombres de su respiración (...). Si la nación se obligó a conservar y proteger la libertad civil y las propiedades del ciudadano, ¿cómo podrá llenar tan sagrados deberes renunciando el único medio con que puede contrarrestar a los embates del tiempo y las pasiones? No puede haber seguridad si no hay confianza: y el pueblo ha de estar convencido de que jamás el gobierno lo privará de sus derechos, ni se cambiarán las leyes, en manos de los magistrados, en instrumentos de opresión.⁸⁰

Como se puede apreciar, existía una honda preocupación jurídico-constitucional no tanto por el vacío legal, sino por la aplicación de las leyes existentes y su maleabilidad producto de la ausencia de sujeción constitucional del gobernante: elemento sustancial del Estado de Derecho. Esto puede apreciarse con total claridad en las acciones de la Junta de Censura, presidida por el Virrey. Aunque ya había quedado clara la arbitrariedad con la que dicha junta procedía debido a las tres censuras recibidas por *El Peruano*, no sería sino la respuesta que ocasionó la censura de *El Satélite Peruano* el 24 de febrero de 1812, en su único redactor, el abogado Fernando López Aldana, quien el 16 de abril de 1812 envió una carta al Virrey titulada “Nulidad del dictamen que pronunció la Junta Censoria”, en la que exige que se repongan las cosas al estado anterior al 24 de febrero y que “se desvanezca la sombra del despotismo”, la que exhibiría en toda su dimensión la arbitrariedad del gobierno. Uno de los puntos críticos de dicho dictamen lo constituía la generalidad e imprecisión utilizada en su redacción, lo cual configuraba un acto de prevaricación⁸¹.

Al final, López Aldana no consiguió su propósito pero evitó que *El Satélite Peruano* fuese sacado de circulación. Aunque continuó su edición con una línea menos incisiva que la predecesora a los hechos de la censura, se dio el gusto de replicar un artículo anónimo sobre los derechos del hombre en el que, haciendo suyas las palabras del autor, enfatizó lo siguiente:

⁸⁰ *Argos Constitucional*, Lima, 21 de febrero de 1813. Citado por: PERALTA RUIZ, Víctor. *Ibid.*p.193.

⁸¹ AGI, Diversos 2. Citado por: PERALTA RUIZ, Víctor. *Ibid.*p.223.

“(…) no estamos todavía bajo el honroso, y sólo legítimo imperio de las leyes; el despotismo ni ha dejado de atropellar impunemente, ni halla todavía contrapeso que le detenga.”⁸²

Algunos años más tarde, en 1816, José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete culminó de redactar su célebre *Manifestación histórica y política de la revolución de la América*, publicada dos años después en Buenos Aires. Dicho escrito, conocido como *Las 28 causas*, sintetiza las razones por las que, según el autor, los peruanos fueron estropeados por el despotismo, destacando la arbitrariedad del gobierno español. Según Víctor Peralta Ruíz⁸³, este documento representa el punto culminante de la construcción del discurso en contra del despotismo y la consolidación de la retórica contra la arbitrariedad que los distintos diarios habían tejido en los años predecesores. De ahí en adelante quienes retomarían dicho discurso, iniciado por los constitucionalistas hispanos para combatir el discurso político que defendió a Fernando VII, fueron los patriotas independentistas.

De la revisión de los hechos antes narrados se sigue una conclusión muy interesante. Nuestra experiencia histórica es capaz de enseñarnos que el reclamo por el control del poder y por ende, el rechazo al absolutismo, se acentúa cuando resulta evidente que un derecho puede verse burlado, o no-garantizado, ante la ausencia de un control en su aplicación: este es el caso del manejo de la Junta Censoria. Aunque no fue expresamente manifestado, aquí se vilumbra el primer reclamo por una separación de poderes real como elemento constitutivo del nuevo Estado de Derecho.

1.2.3. Razón y legitimidad como compromisos ineludibles en el Estado de Derecho

Suele darse por sentado que existe cierta lógica en el entramado de disposiciones jurídicas que hace *asimilable* su contenido y que convierte al Derecho en un sistema que ordena de manera eficaz la conducta de las personas. Como es de esperar, en las sociedades contemporáneas en las que el número de destinatarios de dichas disposiciones es mucho mayor que el de las primeras sociedades que empezaron a regirse por prescripciones sociales, la probabilidad de

⁸² Citado por MORÁN RAMOS, Luis Daniel. *Un periódico radical más no revolucionario. El Satélite del Peruano, 1812*. En: praxis en la Historia. Revista del Taller de Estudios Históricos Filosóficos, N.º 3: Lima, 2004.pp.173-174. Citado por: PERALTA RUÍZ, Víctor. *Ibid*.p.228.

⁸³ PERALTA RUÍZ, Víctor. *Ibid*.p.238.

que el contenido de algunas disposiciones colisione de manera directa con el de otra disposición es muy alta. Este inconveniente trata de ser superado a través del principio de coherencia del sistema jurídico. Dicho principio pierde todo sentido si es entendido como una descripción de un estado de cosas, por lo que debe ser leído como una herramienta normativa cuyo objetivo es guiar la actuación de los operadores jurídicos para salvar al sistema jurídico de las contradicciones que puedan presentarse. Lo que este principio dicta es precisamente la eliminación de las contradicciones, tarea para la cual se ha provisto en muchos ordenamientos de algunas reglas, como la que refiere que una ley posterior debe prevalecer sobre una ley anterior o aquella que sostiene que una ley específica debe hacerlo sobre una ley más general.

El principio de coherencia puede ser percibido, en sí mismo, como una característica cultural de casi todos los ordenamientos jurídicos de Occidente. Sin embargo, dicho principio puede ser observado también como un síntoma, esto es, como la erupción de alguna otra idea que se encuentra por debajo de esta. Así, lo que estaría sosteniendo la necesidad de recurrir al principio de coherencia es la expresión de una regla lógico-formal que se encuentra internalizada tanto en la tradición occidental como en la oriental, de la cual en realidad proviene. Me refiero expresamente al principio de no contradicción. Y para ser más específicos, ese principio se ha ido desarrollando a lo largo de la historia del Derecho a medida que se ha ido desarrollando la manera de ejercer el Derecho: a través de las formas que las reglas iban adquiriendo y a través de las formas en las que la organización del poder se iba moldeando.

Antes de caracterizar la manera en la que el compromiso con la razón ha sido adoptado en el Estado de Derecho y sobre todo, su relación con el otro compromiso ineludible, la legimitad, encuentro oportuno destacar el hecho de que el vehículo que en Occidente adoptó el primer compromiso con la razón no fue compartido con otras culturas necesariamente; como es el caso de la cultura oriental. El vehículo al que me refiero es la ley, lo cual no debe resultar extraño para nadie familiarizado con el Derecho. Sin embargo, existe una idea muy poderosa que puede revelar más acerca de nuestra cultura jurídica de lo que tenemos en mente cuando pensamos en la ley.

Quien trabajó brillantemente la idea de la importancia que el concepto de ley ha jugado en Occidente es Joseph Needham. De acuerdo a Needham, tanto el sentido jurídico de ley como el concepto científico (o acerca de la naturaleza) se encuentran íntimamente relacionados.

Ambos suponen el hecho de que existe una relación de necesidad que es gobernada por la ley y que es adjudicada a sus objetos. Por ello, las leyes de la mecánica de Newton y las leyes que dicta un parlamento, aunque referidos a objetos distintos y aunque provengan de esquemas distintos, poseen una lógica igual: son dueñas de una relación de necesidad entre los objetos físicos (física) y entre las acciones humanas (Derecho).

En el caso de la ciencia, la idea de que la naturaleza responde a leyes que han sido dictadas por alguna divinidad fue el punto de arranque para llegar, posteriormente, a la postulación de un método que captase dichas leyes y, como sabemos, para descartar la idea de que en realidad fue una divinidad la que las instituyó⁸⁴. De hecho Needham recoge el descubrimiento de Jastrow, relativo al concepto de “legislador celestial” que los babilonios consagraron en la Tabla Nº 7 del poema de la creación, en la que el dios-sol Marduk es representado como un legislador que rige a las estrellas⁸⁵.

La contribución más decisiva que recibiera Occidente, de acuerdo a Needham, fue la concepción judía de un dios que como legislador cubre las acciones de los hombres, así como las de la naturaleza. Esta cultura desarrolló también la idea del Derecho Natural, que si bien el día de hoy no goza de mucha popularidad, ha servido como punto de apoyo fundamental para el desarrollo de los diversos sistemas jurídicos de Occidente. Incluso el método de comprensión del contenido natural del Derecho se encuentra presente en el cánón de las conocidas “herramientas interpretativas”; de manera concreta, a través de la “interpretación histórica”, la cual se preocupa por indagar cuál fue la intención de la autoridad que promulgó la disposición⁸⁶.

⁸⁴ Aunque no es un tema relativo al objeto de la presente investigación, puede resultar interesante para el lector conocer la hipótesis de Paolo Rossi, según la cual lo que posibilitó gradualmente este cambio en la ciencia fue una actitud cultural, denunciada por Francis Bacon, respecto a que lo que los europeos de la modernidad temprana querían conseguir no era solo comprender la naturaleza (como lo griegos), sino “dominarla para transformarla”. Al respecto léase: ROSSI, Paolo. . *Francis Bacon: de la magia a la ciencia*. Alianza Editorial, 1990.

⁸⁵ JASTROW, Morris. *The Civilization of Babylonia and Assyria*. Philadelphia: Lippincott Company, 195.p.441 y siguientes. Citado por: NEEDHAM, Joseph. *Human Laws and Laws of Nature in China and the West*. En: *Journal of The History of Ideas*, Vo. 12, N.º 1, Enero de 1951.

⁸⁶ Marcial Rubio rescata esta técnica interpretativa en un de los manuales de Derecho más influyentes y difundidos en el Perú. Al describir con mucho aplomo la racionalidad que involucra esta técnica cuasi-geneologista, no duda en advertir que la misma puede resultar nociva de cara a las nuevas exigencias que la sociedad pueda demandar del Derecho. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial de la PUC, 2006. p.273. Otra crítica esbozada contra esta técnica interpretativa es la que resalta el hecho de que al momento de expedir la norma, o de diseñarla, el autor de la misma no pudo haber previsto todos los hechos que de facto se encontrarán en aptitud de calzar con los supuestos de hecho contemplados y que incluso el sentido de la

El aporte más interesante de Needham proviene de la respuesta que plantea a su interrogante más importante: ¿por qué los chinos no pudieron dar el giro hacia la ciencia moderna antes que los europeos, a pesar de que hasta el siglo XVI superaban en todos los órdenes a estos? Esto se debió a la ausencia de la idea de ley en la cultura china. Al menos en el sentido que la conocemos en Occidente. De hecho, lo más cercano a este concepto, es el término *fa*, que podría ser el equivalente a la ley positiva, mientras que *li*, es el término usado para referirse a las costumbres de la sociedad basadas en la ética⁸⁷. En su estudio de este fenómeno, Needham se topa con un dato interesante: China es uno de los extraños casos, tal vez el único, en el que en un punto de su historia fue dejado de lado el derecho legislado para retornar al derecho consuetudinario. Esta es la expresión de la contingencia histórica manifestada en el triunfo de los confusionistas sobre la escuela legalista. Las palabras del propio Needham sintetizan muy bien el rol de la ley positiva en el desarrollo de la ciencia:

“En Europa la ley positiva contribuyó al desarrollo de la ciencia de la naturaleza en virtud de su formulación precisa y dado que suponía la idea de que el legislador terrestre tenía su homólogo en el cielo, cuyo ordenamiento se desplegaba en todas partes donde hubiera cosas materiales. Para creer en la inteligibilidad racional de la naturaleza, el espíritu europeo debía presuponer (o vería que resultaba muy cómodo presuponer) la existencia de un Ser supremo que, racional también, habría puesto esa inteligibilidad en la naturaleza (...). No encontramos algo así en el pensamiento chino. Incluso la actual traducción china de “leyes de la naturaleza” es *ziran fa*, “ley espontánea”, enunciado que conserva rigurosamente el antiguo rechazo taoísta de un Dios personal, y que casi desemboca en una contradicción en sus términos.”⁸⁸

Como advierte Alain Supiot, hicieron falta siete siglos (desde el XII hasta el XIX) para que el concepto de ley fuese claramente diferenciado en sus respectivos planos: religioso, humano, y natural, y se disipara en una Ley única, afirmándose el Estado y la ciencia en el sentido que nosotros le damos a ese término. Entendida como regla general y abstracta, “la ley humana se impone (a partir de entonces) igualmente a todos, incluyendo el Estado de Derecho que es su

disposición se encuentra en constante construcción. Wolfgang Gast lo resume muy bien cuando dice: “De manera ineludible y conforme a su fin, el contenido (de la ley) vive desde su primera aplicación una historia de resultados, cercada siempre por circunstancias concomitantes complementarias.” Traducción libre de: GAST, Wolfgang. *Juristische Rethorik*.. Berlin: C.F. Müller, 2006.p.292.

⁸⁷ NEEDHAM, Joseph. *Op.Cit.*p.9

⁸⁸ NEEDHAM, Joseph. *Ibid.*pp.18-19

fuerza, mientras que la ley de la ciencia somete nuestra relación con el mundo al principio de causalidad y excluye el milagro o la intervención divina.”⁸⁹

Este proceso histórico desemboca en el período de la Ilustración, el cual he revisado líneas arriba, siendo el representante paradigmático para el Derecho, Leibniz y su idea de expresar las prescripciones adecuadas de conformidad con la razón. De alguna manera esta convicción ha sobrevivido a nuestros días y existe, entre los operadores y los destinatarios de las reglas jurídicas, un compromiso con el lenguaje de la razón, aún cuando no sea necesario que todos creamos que cada disposición normativa específica es perfectamente racional. Esto, como vimos, puede expresarse en el principio de coherencia respecto de todo el ordenamiento o en la intención de interpretar una disposición jurídica tomando criterios hermeneúticos que no podrían ser concebidos al margen de un discurso racional⁹⁰.

Tanto la defensa de los derechos como la demanda o exigencia por nuevos derechos descansa en la idea de que tales derechos son los correctos y por lo tanto, son deseables. Su defensa, en última instancia, se hace posible sobre el plano de la argumentación, aún cuando algunos sostengan que su rasgo característico es la autoridad. Como bien apunta Kahn, “(e)l Estado de Derecho empieza cuando el hombre se sitúa dentro del espacio previamente ocupado por dios. Para dios, la razón y la voluntad siempre coinciden en la palabra, el *logos*. La creación es inseparable de la palabra. El hombre, por el contrario, tiene que trabajar para subordinar la voluntad a la razón.”⁹¹

Si bien la fuerza vinculante de las disposiciones jurídicas no puede ser entendida al margen de la autoridad, toda discusión teórica y práctica acerca de los derechos empieza y termina asumiendo el carácter racional de la proposición que se defiende. En el caso de las normas que fundamentan un sistema jurídico, las cuales por antonomasia se encuentran dotadas de

⁸⁹ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2007.p.97.

⁹⁰ En algunos casos, algunos autores no han dudado en proponer que la rigurosidad de la interpretación de las normas jurídicas puede llevar a catalogar al Derecho como una ciencia. Tal es el caso de Norberto Bobbio, quien sostiene que lo que distingue a una disciplina como ciencia no es el valor de verdad de sus proposiciones sino el rigor con el que está construida. Ricardo Guastini formula al respecto dos críticas: (I) la primera es que la condición de cientificidad planteada por Bobbio resulta demasiado tolerante y produce un divorcio entre ciencia y verdad; y, (ii) que con la postura de Bobbio se pierde la distinción entre ciencia y metafísica. En: GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.pp.265-266.

⁹¹ KAHN, Paul. *Op.Cit.*p.28

una autoridad especial, esta pretensión de racionalidad se hace manifiesta en los casos en los cuales existe un conflicto de derechos o de principios constitucionales y normas de rango inferior, como las legales. Cuando ello ocurre, la respuesta que el Estado de Derecho espera, al margen del método específico que se utilice, es una respuesta que tenga a la razón de su lado. Nadie podría aceptar una justificación del tipo: el derecho “x” debe prevalecer sobre el derecho “y” porque es el derecho que la mayoría ha elegido en un momento histórico determinado y que ha sido plasmado en la Constitución, a pesar de que actualmente no tenga más sentido.

El compromiso con la razón lleva, otras veces, a “disfrazar de racional” aquello que no admite tal característica. En este punto puede descubrirse cierto carácter mítico de la razón en el Derecho. Tomemos un ejemplo extremo para que no queden dudas del alcance de este compromiso al interior del Estado de Derecho. El artículo 4 de la Constitución Política del Perú establece que “(l)a forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.” De conformidad con esta potestad delegativa, el Código Civil de 1984 ya había establecido de manera categórica en su artículo 234º que “(e)l matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.”

La pregunta cae por su propio peso, ¿cómo es posible que una norma tan importante, como aquella que regula el estado civil de las personas, se mantenga al día de hoy vigente y válida en nuestro Ordenamiento Jurídico, a pesar de que viole de manera abierta el principio de igualdad? El caso del impedimento de matrimonio civil para los homosexuales es un caso contundente. No existe ningún argumento racional que pueda identificar un elemento objetivo que justifique la diferencia en el trato a los grupos heterosexuales respecto de los homosexuales, a quienes se les priva de un derecho que en su ejercicio no se diferencia en nada al ejercicio que realizan los heterosexuales.

Si bien no ha habido necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie respecto a la constitucionalidad del artículo del Código Civil, ello no excluye el hecho de que dicha disposición regula un ámbito personalísimo y paradigmático bajo el manto de validez jurídica. ¿Cómo es posible, entonces, que aún podamos creer en el Estado de Derecho?, ¿por qué no

se ha generado una crisis al interior del mismo por el requebrajamiento de la racionalidad?, ¿acaso nadie puede ver que se está discriminando a un sector de la población?

El compromiso con la razón al interior de un Estado de Derecho supone que quienes defiendan una postura lo hagan en base a una argumentación que, apoyándose en el derecho positivo y/o en los valores que inspiran dichos principios, se muestre racional y con la aptitud de persuadir acerca de su corrección. Resulta obvio que pueden existir disposiciones jurídicas que en el futuro pierdan su validez porque en realidad siempre ocultaron un defecto en su interior, como podría darse el caso hipotético de que algún día se declare la inconstitucionalidad del artículo 234^o del Código Civil. Lo interesante es que incluso esa declaratoria de inconstitucionalidad tendrá la carga de mostrar una argumentación racional que confirme las “sospechas” de inconstitucionalidad.

Otras veces, y en este caso entro en el fondo del problema de investigación que uso como estudio de caso, el compromiso con la razón lleva a los operadores jurídicos o a los dogmáticos del Derecho a realizar precisiones o distinciones ahí donde hallarlas en las disposiciones jurídicas resulta imposible. Solo de esta manera se explica el alcance interpretativo que los diferentes juristas peruanos han construido con el objetivo de diferenciar el contenido vinculante establecido respecto de la jurisprudencia constitucional en los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional.

“Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional.- (...) 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.”

“Artículo VII. Precedente.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

De la revisión de ambos artículos pueden evidenciarse algunas diferencias relevantes, como el hecho de que el precedente constitucional es una categoría especial de jurisprudencia en la que se le permite al Tribunal Constitucional escoger qué sentencias formarán parte de la misma, así como el extremo normativo y por lo tanto vinculante de la sentencia. En lo que no se diferencian ambas figuras es que las dos resultan vinculantes para el resto de jueces (del Poder Judicial).

Esta última característica resulta relevante a efectos de comprender el alcance del compromiso con la razón cuando no estamos necesariamente frente a un problema de validez. En el caso que nos ocupa, merece especial atención el carácter vinculante que se predica del precedente pero que, por el contrario, no se predica –siempre- del resto de la jurisprudencia constitucional, a pesar de que el artículo VI así lo prevé.

Lo que lleva a algunos autores a negar la vinculatoriedad del resto de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en contraste con la indiscutible vinculatoriedad del precedente vinculante, es la necesidad de encontrar una racionalidad ahí donde parece contradictorio que dos disposiciones hayan establecido el mismo carácter vinculante a las sentencias ordinarias y a los precedentes constitucionales. ¿Qué sentido tiene, acaso, establecer la vinculatoriedad consagrada para la figura novedosa y especial del precedente constitucional al resto de jurisprudencia “ordinaria” del Tribunal Constitucional?

Por el momento no me interesa establecer una interpretación categórica respecto al verdadero alcance del artículo VI del Código Procesal Constitucional, aunque he adelantado ya, que queda fuera de toda duda el hecho que de este se predica una vinculatoriedad que implica a los todos los jueces. El punto que deseo que quede claro en este acápite es el hecho de que las distintas interpretaciones, dentro de las cuales se encuentran las de los profesores Samuel Abad y Pedro Grández (analizadas en el primer acápite), pueden y deben ser leídas en otro plano: como muestra o síntoma del ineludible compromiso con la razón. Ahí donde la comparación de dos o más normas positivas válidas nos muestra una aparente contradicción, nos vemos inmersos en la necesidad de crear una salida que salvaguarde la continuidad del Estado de Derecho bajo el manto de la razón.

De acuerdo a Paul Kahn, existe otro valor fundamental que regula la experiencia al interior del Estado de Derecho: la legitimidad. De hecho, la razón y la legitimidad, aunque no sean términos contradictorios, son valores que colocan a la experiencia de producción normativa en una fuerte tensión. La legitimidad introduce la variable de fundamentación formal de la producción del Derecho. De manera específica, en todos los Estados que basan su modo de gobierno en la democracia, la legitimidad se identifica con el acto de voluntad popular. Dicha exigencia es tan importante que no se consideran aceptables aquellas normas que adolezcan de un vicio de legitimidad evidente.

Aunque la mayoría de países que han adoptado el Estado de Derecho también han adoptado la democracia como forma de gobierno, esta relación no es unívoca ni necesaria como fuente única de legitimidad. A modo de exponer una concepción compatible con otras formas de exigencia de legitimidad, es útil traer a colación la noción de legitimidad de Karl Deutsch, según la cual, esta es la promesa de establecer una configuración social en la que se respeten los valores de todos; esto es, una relación entre exigencias valorativas antes que un valor absoluto, con la salvedad de que en el camino se impide que se dañen valores que se consideren vitalmente importantes⁹².

Como vimos antes, el Estado de Derecho se caracteriza, en su esquema central, como un sistema de control del poder en el que se garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, y con ello su libertad negativa. Como también obsevamos, estos objetivos se institucionalizan a través de la separación de poderes o la *accountability* de quienes detentan acciones de poder. La democracia no es en absoluto incompatible con esta idea e incluso suele ser un requisito de muchos Estados de Derecho que desarrollaron dicha forma de gobierno como fuente de legitimidad; pero esto no impide que la historia nos demuestre casos que no han seguido esta línea⁹³.

⁹² DEUTSCH, Karl. *Política y gobierno*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998. Ahí expresa lo siguiente acerca de la legitimidad: “Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores. Es una relación entre valores dentro de una situación la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede cambiar también. Dado que la legitimidad puede variar con el tiempo y con el lugar, puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de la legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes.” pp.26 y siguientes.

⁹³ Baohui Zhang sostiene que Europa desarrolló un Estado Liberal antes de pasar por una ola democrática debido a sus raíces liberales y constitucionales. La primera de ellas encuentra sus antecedentes en las ideas griegas de

De hecho, Pan Wei realiza una clasificación tomando en cuenta la presencia o ausencia de democracia y de Estado de Derecho (*Rule of law*), arrojando cuatro grupos de regímenes en el mundo: (i) el primero se caracteriza por disfrutar tanto de la democracia como del Estado de Derecho, y se trata, en su mayoría, de países occidentales cuyo desarrollo es excelente, (ii) el segundo se caracteriza por la ausencia del Estado de Derecho: se trata de “nuevas democracias”, cuyo desarrollo se encuentra entre los más bajos, (iii) el tercer grupo se refiere al resto de países en vías de desarrollo que poseen bajos niveles de democracia y de Estado de Derecho, a quienes les va mejor que a los del grupo anterior; y finalmente, (iv) un grupo que representa básicamente a dos sociedades chinas: Hong Kong y Singapur, quienes disfrutaban de un Estado de Derecho y poseen, sin embargo, instituciones marginalmente democráticas, siendo su desarrollo no menos exitoso que el de las democracias occidentales⁹⁴.

En aquellos Estados en los que se ha optado por la democracia como la fuente de legitimidad de la producción normativa suele hablarse de “competencias”, para caracterizar la porción de poder legítimamente asignada a un órgano o autoridad con vocación normativa. El parlamento es en muchos casos el poder que por antonomasia encarna la legitimidad democrática, en tanto que sus miembros representan los intereses de sus electores. Al momento de llevar a cabo su trabajo, los miembros del parlamento no descansan únicamente bajo el manto de la representación como fundamento que justifique sus acciones, sino que lo hacen bajo la pretensión de corrección.

Este es un punto neurálgico que demuestra la íntima relación entre la razón y la legitimidad, o la democracia, en el caso concreto. Como desarrolla audazmente en un ejemplo Estlund, la supremacía del carácter democrático de un sistema político no descansa de manera exclusiva sobre el principio de equidad entre sus participantes, pues igual sentido de equidad se puede alcanzar si aprobamos leyes en virtud de que la moneda lanzada al aire caiga cara o sello (todos tenemos igual de oportunidades bajo ese sistema), sino en el hecho de que los

libertad individual y la segunda hunde sus fundamentos en el Derecho Romano y la idea del Estado de Derecho. China, según el autor, no podrá seguir este camino porque no existen las condiciones sociales para que ambas demandas ideológicas se materialicen. Según su punto de vista, esto hace necesario que sea la democracia la que posibilite el Estado de Derecho, siendo el vehículo que vele por asegurar la separación de poderes. Mientras exista el sistema de partido único no podrá ser viable un Estado de Derecho. ZHANG, Baohui. *Toward the Rule of Law. Why China's Path Will Be Different from the West*. En: *Debating Political Reform in China. Rule of Law vs. Democratization*. New York: M.E. Sharp, 2006.

⁹⁴ WEI, Pan. *Toward a Consultative Rule of Law Regime in China*. En: *Debating Political Reform in China. Rule of Law vs. Democratization*. New York: M.E. Sharp, 2006. p.14.

procedimientos que incorpora se fundamentan en la idea de que aquellos que intervienen en los debates tienen algo importante que decir; algo que puede ayudarnos a llegar a la respuesta correcta o a la verdad⁹⁵.

Esta tensión entre razón y legitimidad ha llegado a consolidar un espacio institucional en el que se espera que se resuelvan las contradicciones a las que puede dar lugar esta lucha contante. Me refiero al control constitucional de las normas legales. Aquí se exhibe mejor que en cualquier otro ámbito el dilema de la dificultad contramayoritaria: la potestad de una corte, o de un tribunal, de cuestionar la validez de una norma emitida por un órgano que representa los intereses de los ciudadanos, en nombre del contenido “correcto” de una disposición constitucional. Las posiciones teóricas antagónicas respecto a este fenómeno institucionalizado pueden resumirse en la protección de los principios constitucionales de la mano del juez constitucional, quien se encontraría en mejor posición para analizarlos y defenderlos (Ronald Dworkin), y aquella que niega que esto sea cierto en tanto que no hay datos empíricos que sustenten esta supuesta mejor capacidad de análisis y que reivindica al parlamento como mejor escenario para debatir las implicancias morales de las normas positivas (Jeremy Waldron)⁹⁶.

El control constitucional de las normas legales es la manifestación radical de un fenómeno más amplio que resulta indispensable al interior del Estado de Derecho. Se trata de la idea de reforma como impulso constante de cambio en el contenido de las disposiciones que regulan la actividad social. De esta manera, el Estado de Derecho no debe ser observado solo como la totalidad de las leyes y de las regulaciones producidas en un momento específico, sino como un proceso constante de evaluación que aspira a corregir las deficiencias en nombre de la razón⁹⁷. Con la salvedad de que, como vimos, el proceso mismo de constante reforma descansa sobre exigencias de legitimidad.

⁹⁵ ESTLUND, David. *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011.p.31.

⁹⁶ Puesto que no es mi objetivo desarrollar en extenso este tema, recomiendo el trabajo minucioso y esclarecedor de Sebastián Linares, quien dentro de otras precisiones, sostiene que no debemos ver la dificultad contramayoritaria de la revisión judicial como un todo o nada, sino como un problema que admite “grados de intensidad”. Así, sostiene que estará más comprometida con una afrenta a los principios democráticos una decisión que anule una norma promulgada por el Congreso durante la vigente legislatura, que una que lo haga respecto de una norma que ha sido promulgada hace 20 años. LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.p. 149 y siguientes.

⁹⁷ KAHN, Paul. *Op.Cit.*p.27

Analizando el caso histórico de Estados Unidos, Kahn no duda en declarar el carácter mítico de la legitimidad. Ello en razón de que se ha llegado al convencimiento de creer que al inicio de su historia como Estado independiente, la mayoría de personas prestó su consentimiento a la actual Constitución; algo que evidentemente nunca sucedió⁹⁸. Incluso superado este problema metódico, subsiste el permanente reto de explicar cómo una Constitución aceptada por “nuestros padres” nos vincula o nos debe vincular el día de hoy a nosotros.

Nuestra historia republicana parece no alejarse de este problema, sino que por el contrario, exhibe una profunda agudización si se toma en consideración que de las 12 constituciones que forman parte de nuestra historia republicana, solo la Constitución de 1979 fue concebida al interior de una democracia, tal como lo reconoció el propio Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 014-2003-AI/TC, cuando tuvo que pronunciarse sobre la acción de inconstitucionalidad planteada contra “el documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993”⁹⁹.

Además, si se deja de lado por un momento el problema de validez, puede concluirse que la actual Constitución de 1993 padece de un serio problema de legitimidad. No solo fue el producto de un golpe de Estado perpetrado por el ex Presidente Alberto Fujimori, quien decidió cerrar el Parlamento e iniciar un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional¹⁰⁰ obviando el camino de reforma constitucional establecido por la entonces vigente Constitución de 1979¹⁰¹, sino que cuando la Constitución de 1993, producto del Congreso Constituyente

⁹⁸ KAHN, Paul. *Ibíd.*p.23

⁹⁹ Exp. 014-2003-AI/TC. Acción de inconstitucionalidad planteada por Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos. “De las 12 constituciones que ha tenido el Perú, 9 han sido promulgadas por militares: la Constitución de 1823, promulgada por el General José Bernardo de Torre Tagle; la de 1826, por el General Andrés de Santa Cruz; la de 1828, por el General José de la Mar; la de 1834, por el Mariscal Luis José de Orbegoso; la de 1839, por el General Agustín Gamarra; las de 1856 y 1860, por el Mariscal Ramón Castilla; la de 1867, por el General Mariano Ignacio Prado, y la de 1933, por el General Luis M. Sánchez Cerro. En los otros casos, Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori Fujimori, promulgaron respectivamente las Constituciones de 1920 y 1993. Finalmente, sólo la Constitución de 1979 fue promulgada ese mismo año por la propia Asamblea Constituyente, que la sancionó, y posteriormente el entonces Presidente Constitucional de la República, don Fernando Belaunde Terry, ordenó su cumplimiento, el 28 de julio de 1980.” Fundamento 9.

¹⁰⁰ Decreto Ley 25418.

¹⁰¹ Constitución Política de 1979. “Artículo 306.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada en una Primera Legislatura Ordinaria y ratificada en otra Primera Legislatura Ordinaria Consecutiva. El proyecto correspondiente no es susceptible de observación por el Poder Ejecutivo. La aprobación y la ratificación requieren la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las cámaras.”

Democrático -disminuido políticamente-¹⁰², fue llamada a consulta popular a través del referéndum del mismo año, dicho acto experimentó un ausentismo del 29.6%; siendo aprobada la nueva Constitución por un 52.3% (3,895,763 votos) y mostrando un rotundo rechazo del 47.7% (3,548,334 votos)¹⁰³.

El propio Tribunal Constitucional reconoció en la sentencia del Expediente mencionado líneas arriba, que la actual Constitución Política carece de legitimidad; aunque ello, sin embargo, no implica necesariamente un vicio que comprometa su validez ni exija por lo tanto su nulidad. Recurriendo a una pluralidad de académicos como fuente de apoyo doctrinario, el Tribunal Constitucional aclaró que existen diversas formas de entender la validez como concepto jurídico, y sostuvo que en el caso de la Constitución, norma fundante del Ordenamiento Jurídico, el análisis de la validez formal no le resulta aplicable por cuanto no existe otra norma con la cual contrastarla. De esa deducción se llegó a la conclusión de que el criterio que debía utilizarse para analizar su validez era el de la observación de las disposiciones constitucionales en la realidad por parte de los ciudadanos y los poderes públicos¹⁰⁴, con lo cual se dejaba salvaguardada la Constitución Política de 1993.

Aquí se pueden observar dos ideas fundamentales. De un lado, el Tribunal Constitucional dejó fuera de su análisis el hecho de que el artículo 307° de la Constitución Política de 1979 manifestaba de manera expresa que dicha Constitución no perdía “su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone.”¹⁰⁵ Esta disposición, que condiciona la carga argumentativa de cualquier

La iniciativa corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los Senadores y Diputados; a la Corte Suprema, por acuerdo de Sala Plena, en materia Judicial; y a cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.”

¹⁰² Luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, Fujimori se vio presionado por organismos internacionales a retornar a la democracia, razón por la cual convocó a un Congreso Constituyente en noviembre de 1992. Los partidos políticos tradicionales no respondieron de manera uniforme a ese llamado y solo el PPC y el Movimiento Democrático de Izquierda decidieron participar en él. El APRA, Acción Popular e Izquierda Unida decidieron no participar para no legitimar la dictadura. El resultado de la elección de los representantes de dicho Congreso Constituyente Democrático, respecto de los principales partidos, fue el siguiente: PPC: 9.7%, MDI: 5%, Cambio 90 Nueva Mayoría: 49.2%.

¹⁰³ Cuadro en línea elaborado por Fernando Tuesta Tuesta Soldevilla a partir de las cifras registradas por el Jurado Nacional de Elecciones: <http://blog.pucp.edu.pe/fernandotuesta/files/20070818-1993%20NAC.pdf>

¹⁰⁴ Fundamentos 14-17 del Expediente 014-2003-AI/TC.

¹⁰⁵ Artículo 307° de la Constitución Política del Perú.

decisión que se proponga justificar la validez de la Constitución de 1993, es sorteada por el Tribunal en consideración de la obediencia que, *de facto*, recibe la misma.

Con este razonamiento se consolida en nuestra historia constitucional la primera experiencia de “*desuetudo* al revés”. Aunque el Tribunal Constitucional menciona a Hans Kelsen al momento de reivindicar una nueva aproximación a la validez de la Constitución, no llega a expresar lo que finalmente estaba construyendo con su justificación: la reconducción del problema del *desuetudo* a través de la atribución de validez a una norma fundante por parte de la eficacia: la práctica construyendo a la forma.

Como se sabe, fue el mismo Kelsen quien a través del problema del *desuetudo* estableció que una norma podía perder su vigencia y validez si deja de ser sistemáticamente obedecida por parte de las personas a quienes está dirigida¹⁰⁶. Vale la pena recordar la precisión kelseniana en torno a la validez del Ordenamiento Jurídico como un todo: “(l)a validez de un ordenamiento jurídico como sistema cerrado de normas de derecho depende de su eficacia.¹⁰⁷” Así, el Perú daba cuenta de una experiencia constitucional particular: aquello que a todas luces era un documento inválido pasó a ser *convalidado* a través de la eficacia.

Por otro lado, el hecho de que el Tribunal Constitucional haya dejado de lado la legitimidad en nombre de la validez de la Constitución, no significa que dicho valor no sea fundamental para nuestra práctica constitucional contemporánea, y ni siquiera respecto de la Constitución de 1993. Esto puede observarse en la necesidad de someter el proyecto de la nueva Constitución al referéndum de 1993. La necesidad política de hacerlo confirma el rasgo cultural de someter el pacto fundante sobre el cual se espera que se despliegue el ejercicio político de la nación, como una necesidad de legitimación ineludible.

Esta necesidad no se ve disminuida por los resultados obtenidos en el referéndum, los cuales confirman la baja intensidad en la legitimidad de la Constitución de 1993, siendo este un plano conceptualmente distinto. La Constitución de 1993 puede adolecer de una legitimidad endeble

¹⁰⁶ Cabe precisar que esto ocurría para normas unitarias y no para todo el Ordenamiento, a través de la positivización de la costumbre como fuente de Derecho. En el caso de todo el Ordenamiento Jurídico, la Constitución sobre la que se basa puede perder su validez si es sistemática e integralmente desobedecida. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, edición de 1934.p.89.

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Ibid.*

en su nacimiento; y sin embargo, el mecanismo usado como plataforma para medir esta legitimidad es una señal de la necesidad que existe en nuestra cultura jurídica por buscar no solo las mejores disposiciones normativas, en términos de racionalidad, sino de dotarlas de alguna legitimidad, en este caso, democrática.

El caso de la promulgación de la Constitución de 1993 puede ser usado, además de como ejemplo que confirma el compromiso con la legitimidad al interior del Estado de Derecho, como uno de problematización que puede (y debe) ser abordado desde la perspectiva del Análisis Cultural del Derecho. Una pregunta puede evidenciar mejor esta segunda alternativa: ¿por qué aceptamos un nuevo compromiso constitucional al interior del esquema del Estado de Derecho si el hecho que dio origen a ese nuevo compromiso fue un golpe de Estado, la negación del Estado de Derecho por excelencia?

Responder adecuadamente a esta pregunta implica rastrear las razones que dieron lugar a la respuesta jurídico-política que significó darle una nueva oportunidad al Estado de Derecho; lo cual implica de manera más precisa, un análisis de hechos históricos y de los discursos que fundamentaron las creencias en base a las cuales dichos hechos tomaron lugar.

Martín Tanaka señala que fue la estabilidad económica la que terminó por legitimar el golpe de Estado de 1992 perpetrado por Fujimori. Su análisis ofrece cifras de aprobación del ex Presidente hacia 1991 y las compara con las cifras económicas de 1992, obteniendo resultados interesantes. A mediados de 1991 la gestión de Fujimori llegaba a un tercio de aprobación y ello podía responder a la percepción, por parte de la población, de un Presidente impotente frente a las protestas sociales, la violencia terrorista y la ineficacia (parcial) de las medidas económicas radicales que adoptó. En cambio, hacia abril de 1992, las medidas económicas ya habían logrado un impacto positivo: el PBI pasó de -4.9% en 1990 a un 3% en 1991 para crecer hasta 6.5% hacia 1993. La aprobación de Alberto Fujimori no cayó de 60% entre abril de 1992 y abril de 1995¹⁰⁸.

Por su parte, Degregori sostiene que el apoyo del 80% de aprobación que Fujimori recibiera por parte de la ciudadanía luego del golpe del 5 de abril de 1992 respondería al “hartazgo con la

¹⁰⁸ TANAKA, Martín. *Los espejismos de la democracia. El colapso del sistema de partidos en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1998.p.220 y siguientes.

inmoralidad generalizada, con la ineficiencia de las instituciones democráticas y la frivolidad de las clase política, encuadrada en estructuras partidarias antidemocráticas (...)”¹⁰⁹. Para él, de manera específica, la amenaza del terrorismo y la percepción de que Fujimori estaba logrando poner mano dura sobre este tema y sobre los escándalos de corrupción del gobierno aprista, sumaron simpatía en la población respecto de dicha medida antidemocrática, percibida como una solución necesaria.

Aunque haya otros estudios¹¹⁰ que cuestionen el nivel de aprobación al autogolpe sobre la base de la muestra (345 personas encuestadas) recogida por parte de la encuestadora APOYO, tomando en consideración, además, que la misma se llevó a cabo en medio de días posteriores al golpe en los que ningún medio de comunicación informaba de manera independiente (nadie llamó golpe de Estado al cierre por la fuerza del Congreso de la República), nuestra pregunta sigue sin responderse: ¿por qué volvimos a creer en el Estado de Derecho como mecanismo para regular las reformas que se nos prometieron?

Esta pregunta solo puede ser absuelta de manera interpretativa aunque con sólidas evidencias. Una tentativa explicativa podría ser el hecho de que no podíamos renunciar al imaginario que hasta ese momento resultaba la única forma de canalizar la política de manera institucional: con mayor o menor nivel de democracia, estábamos acostumbrados a una separación de poderes y al imperio de la legalidad, razón por la cual actuamos por costumbre y no tanto por convicción. Otra respuesta, tal vez la más acertada, es aquella que da cuenta de que lo anteriormente señalado puede ser cierto, pero sin embargo resulta insuficiente si se toman en cuenta todos los hechos relevantes del contexto.

Bajo este enfoque, la cooperación internacional habría jugado un rol fundamental al presionar al gobierno de Fujimori a legitimar sus acciones a través del referéndum. Este último comportamiento también puede ser analizado: ¿cuáles fueron los motivos por los que el Banco Mundial o USAID habrían exigido dicha legitimación? Lamentablemente, ello escapa a los intereses del presente estudio. Basta cerrar la idea según la cual muchos de los cambios

¹⁰⁹ DEGREGORI, Carlos Iván. *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, de la segunda edición de 2001, primera edición en la Colección de Obras Escogidas, 2012. pp.39-40.

¹¹⁰ Al respecto véase a: RENDÓN, Silvio. APOYO con el golpe de 1992. Documento en línea: <http://grancomboclub.com/2010/09/apoyo-con-el-golpe-de-1992.html>

jurídicos que se dieron al interior de los años noventa pueden ser explicados si se echa un vistazo crítico a la influencia que la política económica jugó en su génesis. Esta es la premisa que nos introduce en el estudio de la reforma constitucional que dio cabida al precedente constitucional y la pregunta por los cambios que pueden advertirse, a raíz del mismo, en nuestra cultura jurídica.

1.2.5. Foucault meets pragmatism

Ya han sido sentadas las bases necesarias para abandonar la idea de que la cultura jurídica de una comunidad descansa de manera exclusiva en las normas positivas que esta ha adoptado. También ha quedado expuesto que dichas normas positivas se apoyan en una serie de ideas que regulan su uso, así como el hecho de que existen una serie de ideas o compromisos que una comunidad jurídica adopta y que no se hacen explícitos necesariamente. En el presente acápite trataré de profundizar dichas ideas a la luz de las nociones de discurso y de genealogía, elaboradas por Michel Foucault y dilucidaré una propuesta de investigación que las complementa con la idea de “creencias”.

1.2.4.1. Del discurso y la genealogía

Como punto de partida, puede afirmarse que para Foucault el discurso es enfocado como el ejercicio de una práctica. De manera concreta, dicha práctica es la práctica de un conjunto de enunciados que obedecen a reglas de exclusión y de inclusión que terminan por condicionar el significado y el alcance de dichos enunciados y por consiguiente, de los discursos mismos. Estas reglas de exclusión y de inclusión no se restringen a las reglas de la lingüística y mucho menos a las reglas procedimentales de las diferentes disciplinas del conocimiento humano. Al respecto, Foucault no duda en hacer un llamado a abandonar las clasificaciones de las distintas disciplinas, en tanto pueden generar la inaprehensión de algunos discursos que resultan transversales a estas.

Sobre dicha idea, Foucault nos interpela de la siguiente manera: “¿Se puede admitir, tal cual, la distinción de los grandes tipos de discurso, o la de las formas o géneros que oponen unas a

otras la ciencia, la literatura, la filosofía, la religión, la historia, la ficción, etc., y que hacen de ellas especies de grandes individualidades históricas?¹¹¹”

El mayor aporte realizado por el pensamiento francés consiste en poner de manifiesto el carácter contingente e histórico de la aparición de los discursos. Dicho carácter está profundamente relacionado con la noción de poder, debido a que el devenir histórico en el que se plasma la producción de los discursos es uno rodeado por las luchas de poder. En sus propias palabras:

“(…) yo supongo que en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el conocimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad¹¹²”

Siguiendo dicha línea, se concluye que los discursos se plasman en la sociedad y provienen de ella, no de ideas apriorísticas, aún cuando algún discurso específico apele a esta suerte de ideas¹¹³. El modo en el que aparecen y las reglas a las que los discursos son sometidos fueron los principales problemas que cautivaron su atención. Luego de publicar dos de sus obras teóricas más ambiciosas –*Las palabras y las cosas* (1966); y, *La arqueología del saber* (1969)-, Foucault condensa sus perspectivas teóricas acerca del discurso en su célebre lección inaugural como titular de la cátedra “Historia de los sistemas de pensamiento” en el *College de France*, titulada, “El orden del discurso”. En esta lección inaugural postula los tres procesos más comunes en los que se produce la exclusión al interior de los discursos: (i) lo prohibido, (ii) la separación y el rechazo de la razón y la locura; y, (iii) la oposición entre lo verdadero y lo falso, o la voluntad de verdad. Todos estos procedimientos de exclusión fueron abordados al

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *La arqueología del saber*. México D.F.: Siglo XXI editores. 2da edición, 2010.p.34. Unas líneas antes, en esa misma página, Foucault explica su propósito: “Es preciso revisar esas síntesis fabricadas, esos agrupamientos que se admiten de ordinario antes de todo examen, esos vínculos cuya validez se reconoce al entrar en el juego. Es preciso desalojar esas formas y esas fuerzas oscuras por las que se tiene costumbre de ligar entre sí los discursos de los hombres; hay que arrojarlas de la sombra en la que reinan.”

¹¹² FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets editores, 1992. Disponible gracias el Instituto de Estudios Peruanos en línea: <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/tallfouc.pdf>

¹¹³ Esta idea está muy ligada a la genealogía que luego pondrá en práctica. Cristina Miceli lo explica muy bien: “Buscar el origen metafísico sería pretender encontrar algo dado necesariamente. Sería considerar que los vericuetos históricos por medio de los cuales surgió realmente lo dado no son más que contingencias, trampas, disfraces que esconden una identidad esencial. En realidad lo que se encuentra en el comienzo histórico de las cosas no es la identidad aún preservada de su origen, sino la discordia con las otras cosas.” En: MICIELI, Cristina. *Foucault y la fenomenología*. Buenos Aires: editorial Biblos, 2003.p. 47

interior de sus principales investigaciones: El nacimiento de la clínica, Historia de la sexualidad e Historia de la locura.

Para Foucault lo prohibido es un mecanismo que juega un rol fundamental en nuestra vida social, aunque muchas veces pase desapercibido en algunos campos. La dinámica nos resulta familiar a todos: existen límites respecto a lo que se puede decir, al menos en determinadas circunstancias. Existen, por así decirlo, ciertos objetos que se convierten en tabú. Dentro de los temas más importantes que son sometidos a este principio de exclusión se encuentran la sexualidad y la política. Aunque cabría pensar respecto de estos ámbitos, que el discurso es el vehículo que debiera mostrarse más neutral, son precisamente al interior de los mismos que el discurso se somete al mecanismo de exclusión.

De acuerdo al filósofo francés, “el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse¹¹⁴”. Usar un ejemplo de la política institucional puede ayudar a que la idea quede esclarecida. Las luchas de visiones o propuestas políticas sobre el tamaño del Estado y su rol en la economía no solo son la evidencia de las tácticas y de los objetivos que un partido determinado o que un gobernante pueden estar ejerciendo, sino que el discurso mismo se lleva al extremo de presentar la visión rival como una visión inviable, anti-técnica, impracticable o sin-sentido. Fuera del rótulo que se adjudique a dicha otra visión, la intención es de excluirla a través de la afirmación de otro discurso. Entonces, el discurso por el modelo de Estado y su rol en la economía pasa a ser aquello por lo que se lucha y el medio por el que el poder se manifiesta: quien logre vencer en dicha lucha, imponiendo un modelo de Estado en lo económico, lo hará excluyendo -necesariamente-, al otro discurso. En el caso peruano puede verse cómo la lucha respecto de este tópico llegó a un nivel particular en la década de los 90, al constitucionalizarse un modelo de “Estado subsidiario”¹¹⁵.

El caso de la separación y del rechazo como mecanismo de exclusión es pensando por Foucault dentro del caso paradigmático (que le ocupó varios años de investigación) de la razón

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* (no hay numeración de páginas)

¹¹⁵ Constitución Política del Perú. Artículo 60.- Pluralismo económico. Subsidiariedad.

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

y la locura. En dicho trabajo, *Historia de la locura en la época clásica* (1964)¹¹⁶, se aprecia cómo un mismo actor –el loco– es tratado de forma radicalmente opuesta a lo largo de la Edad Media europea. Mientras se solía no prestar validez a ninguno de los actos jurídicos que tratasen de eyectuar los locos, en otras circunstancias su palabra era no solo acogida, sino exaltada como verdad revelada.

Respecto al hecho de que en la actualidad el trato que reciben los considerados locos, no sea ni por asomo, similar al que se presentó en la Edad Media europea, Foucault añade una observación fundamental. Él sostiene que no debemos pensar que dicho mecanismo de exclusión se ha esfumado de las prácticas sociales, sino que se ha transformado y se han conseguido nuevas instituciones que las adopten. Los médicos psiquiatras o los psicoanalistas, revelan una nueva forma de aproximación a lo que aún se mantiene como un discurso censurado¹¹⁷.

Es interesante destacar que en el ejemplo de la locura, el Derecho se presenta como un dispositivo en cuyo interior se despliega el mecanismo de exclusión de los discursos. Tal vez a Foucault le sorprendería encontrar que algunas brechas entre los dispositivos legales usados en la Edad Media y en la modernidad, no resulten tan marcadas como en el caso peruano. Después de todo, no hay que olvidar que el artículo 43° del Código Civil establece que los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos son considerados incapaces absolutos, a menos que puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

El tercer mecanismo de exclusión, el de lo verdadero y lo falso, es reconocido por el propio Foucault como el más controversial, pues a diferencia de los dos anteriores, en este es difícil de observar una distinción por exclusión que sea arbitraria. Nadie duda de que las condiciones que permiten diferenciar lo verdadero de lo falso al interior de una proposición, se muestren como independientes u objetivas. Pero, sin embargo, o tal vez por eso mismo, Foucault apunta a algo que concibe como la “voluntad de verdad” o la “voluntad de saber”. Para graficarla, explica cómo para los poetas griegos del siglo VI, el discurso verdadero quedaba identificado como aquel discurso que respondía al pronunciado por quién tenía el derecho y se expresaba

¹¹⁶ Una versión en línea de la obra, a cargo del Proyecto Espartaco, puede revisarse aquí:
<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/677.pdf>

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* (no hay numeración de páginas)

conforme al ritual de la comunidad. Un siglo más tarde el discurso tenía que ver más con lo que el mismo *decía* que con lo que *hacía*. En sus palabras:

“(…) llegó un día en que la verdad se desplazó del acto ritualizado, eficaz y justo, de enunciación, hacia el enunciado mismo: hacia su sentido, su forma, su objeto, su relación con su referencia. Entre Hesíodo y Platón se establece una cierta separación, disociando el discurso verdadero y el discurso falso; separación nueva, ya que en lo sucesivo el discurso verdadero no será más el discurso precioso y deseable, ya que no será más el discurso ligado al ejercicio del poder. El sofista ha sido expulsado.¹¹⁸”

El aspecto más interesante queda revelado cuando Foucault repasa las características de la voluntad de saber del siglo XIX y se remonta a los cambios que operaron alrededor de los siglos XVI y XVII; sobre todo, en Inglaterra¹¹⁹. El gran cambio surgió como una nueva actitud: la actitud de planificar el objeto del conocimiento y los procedimientos para ejercer dicho conocimiento. Se comenzó a prescribir cuáles eran los criterios necesarios para determinar que tal o cual conocimiento resultase verificable y útil¹²⁰. Esta nueva voluntad de saber estuvo apoyada en un aparato institucional que Foucault identifica como la misma pedagogía, los libros, las bibliotecas o el sistema de edición.

Asimismo, y este rasgo tal vez sea el más revelador, la nueva voluntad de saber se caracteriza por ejercer un poder de coacción sobre otros discursos. Cita al respecto tres ejemplos interesantes. De un lado, menciona el caso de la literatura occidental, la cual fue buscando

¹¹⁸ FOUCAULT. Michel. *Ibid.*

¹¹⁹ Foucault se refiere, sin duda alguna, al movimiento progresivo que desembocaría en el empirismo anglosajón y posteriormente en el desarrollo del método científico, cuyo precursor puede ser sindicado como Francis Bacon. Paolo Rossi, describe muy bien las ideas que impulsaron el trabajo de Bacon, en las que pueden apreciarse total coherencia respecto de lo que relata Foucault: “A tal fin es necesario realizar un proceso que se lleve a cabo a través de inclusiones y exclusiones, es decir, un proceso que no sólo considere los casos positivos (lo cual sólo conduciría a conclusiones probables) sino también los negativos, eliminando así la posibilidad de llegar a soluciones erróneas. Para crear efectos reales se habrá de seguir una dirección. Esta última, según Bacon, deberá obedecer a dos criterios fundamentales: el de la certeza (*certainty*) y el de la libertad (*liberty*). Se tiene certeza cuando la dirección no es solo verdadera en la mayoría de los casos, sino infalible (...); se tiene libertad cuando la dirección no está limitada a algunos medios ya definidos, sino que comprende todos los posibles medios y vías. Una dirección no cierta, sino meramente conjetural, sólo lleva por azar a la producción de efectos y hace imposible el éxito; una dirección no libre, sino particular y limitada, además de ser casual, está sujeta a la incerteza, ya que una dirección poco articulada paraliza todo intento.” En: ROSSI, Paolo. *Francis Bacon. De la magia a la ciencia*. p. 329.

¹²⁰ FOUCAULT. Michel. *Ibid.*

apoyo primero en la naturaleza, luego en lo verosímil, en la sinceridad, hasta llegar a la ciencia. De otro lado, menciona el caso de la economía, la cual empezó como práctica que progresivamente fue siendo codificada a modo de preceptos, que además fue vista como moral, y que desde el siglo XVI trató de hallar una nueva justificación, como disciplina, a través de la racionalización por medio de una teoría de la riqueza y de la producción.

Por último, menciona el caso del Derecho Penal, que luego se convertiría en su obra más célebre: *Vigilar y Castigar* (1975). Al respecto, sostiene Foucault que aunque al inicio el sistema penal buscó los fundamentos de su contenido en la teoría del derecho, alrededor del siglo XIX ese apoyo epistémico se trasladó hacia el campo de la sociología, de la psicología o de la medicina: “como si la palabra misma de la ley no pudiese estar autorizada en nuestra sociedad, más que por un discurso de verdad.¹²¹” Actualmente este fenómeno no nos resulta nada extraño. La proliferación de estudios especializados o áreas especializadas del Derecho, tales como el Derecho de la Competencia, Derecho Aeronáutico o Derecho Bancario, da cuenta de ello.

Ciertamente, la explicación de su surgimiento responde a un conjunto de variables dentro de las cuales se encuentran el grado de especialización técnica de algunos servicios y bienes que se tranzan en el mercado y la consiguiente demanda por un servicio jurídico también especializado. Lo que hay que resaltar, desde la perspectiva de Foucault, es que el Derecho se ha visto en la necesidad de construir nuevas reglas sobre la base de un nuevo piso teórico. He ahí el reconocimiento de la insuficiencia de los viejos principios del Derecho euro-continental o del *common law* para justificar la producción de nuevos contenidos con vocación de permanencia. Vistas así las cosas, no resulta extraño el surgimiento o la construcción de principios del Derecho Administrativo o principios del Derecho de la Competencia, etc.

Volviendo al esquema foucaultiano, este sostiene que es a la voluntad de saber a la que menos se le ha prestado atención, aunque paradójicamente resulta el mecanismo de exclusión más importante, dado que los otros dos se han subordinado a aquella¹²². Si bien desde el siglo V, los griegos habían sido testigos del traspaso de la lucha del deseo y del poder hacia el discurso

¹²¹ FOUCAULT, Michel. *Ibid.*

¹²² FOUCAULT, Michel, *Ibid.*

de la verdad orientada por el contenido del discurso; en la actualidad la lucha del deseo y del poder se mantiene en los márgenes de del discurso: en la voluntad de saber que lo condiciona. Existen, de otro lado, procedimientos que pueden ser considerados como internos, dentro de los cuales Foucault destaca al “comentario”. Por comentario entiende discursos que se sostienen una vez y se contraponen a otros que se repiten constantemente y que son los que dan origen a estos. Foucault cita los casos de los textos religiosos o jurídicos (e incluso los literarios), para graficar su idea de textos que “fundamentan a otros”. Lo que quiere acentuar, en buena cuenta, es la idea de que existen discursos que son creadores de otros discursos, aunque muchas veces estos se yuxtaponen a lo largo de la historia.

El comentario del texto fundante hace posible construir indefinidamente nuevos discursos. Se aprovecha de la maleabilidad de estos discursos para hacer posibles nuevas reinterpretaciones. La nota particular de esta acción reside en que la aparición de esas nuevas versiones no reviste el carácter de “lo nuevo”, sino de una puesta en práctica o exteriorización de lo que estaba articulado silenciosamente “*allá lejos*”¹²³. Esto produce finalmente una nivelación entre discursos, lo cual tiende a reproducir un cierto balance e integridad del mundo discursivo.

Si bien Foucault habla en otro momento acerca de la exégesis jurídica, obvia o deja de lado el rol que la dogmática desempeña en el plano discursivo del Derecho. Tomando como referencia las conclusiones que presenté en el acápite referido a la dogmática del Derecho, no es difícil llegar a la conclusión de que esta actúa como la función de los comentarios a la que alude. El propio rasgo cultural de “advertir” que se está prescribiendo o se está recomendando un cambio legislativo al interior de la dogmática, confirma que la tarea de los juristas que la ejercen se ubica en el plano de la “aclaración” o de la “explicación”. Si quisiéramos ahorrarnos el trabajo explicativo de esta afirmación, bastaría con acudir a las bibliotecas y observar los cientos de tomos de dogmática jurídica en cuyo título se deja observar: “Comentarios al Código Civil” o “Comentarios a la Nueva Ley de Derecho Procesal”, solo por citar algunos ejemplos.

Sin embargo, una explicación es necesaria. La idea de que la dogmática jurídica actúa como comentario es la que ofrece una mejor descripción de las actitudes que estos actores –los juristas o profesores de Derecho– adoptan en el plano de la producción del discurso jurídico. El papel que la legitimidad juega en el Derecho constriñe el margen de actuación de los juristas a

¹²³ FOUCAULT, Michel. *Ibid.*

uno en el que el producto de su trabajo se mantiene, al menos formalmente, subordinado a los discursos (esta vez en clave de fuentes de Derecho) que gozan de mayor autoridad, como es el caso de la Constitución, la ley o la jurisprudencia. Es por esta razón que los discursos de los profesores de Derecho se inscriben en una relación de complementariedad respecto de los discursos antes referidos.

La tarea de los jueces, por el contrario, puede resultar difícil de clasificar al interior de una postura teórica explicativa acerca del Derecho. Después de todo, la famosa tensión entre “el juez boca de la ley” y “el juez creador del Derecho” revela que el campo de lucha por el discurso jurídico adquiere un nivel de intensidad distinto dependiendo de los actores que se incluya. Ciertamente, resultará difícil asimilar la tarea del juez a la de un comentarista del Derecho positivo. De este se espera que aplique el Derecho al caso concreto, sea lo que fuere aquello que entendamos por Derecho. Además, a esto habría que añadirle el hecho de que un rasgo que caracteriza al Derecho moderno es el traslado del peso de su legitimidad hacia la “racionalidad”¹²⁴. Y en este traslado, la especialización de los servicios y bienes de los que hablé, trajo consigo la incorporación de elementos de otras disciplinas –más científicas- al campo de lucha discursiva del Derecho. El terreno propio de los jueces no se ha visto ajeno a este fenómeno y Friedman no duda en graficar esta aseveración a través del ejemplo paradigmático del caso estadounidense, *Brown v. Board Education*, que proscribió la segregación racial en los colegios. En dicho caso puede observarse la cita de varios trabajos sociológicos y psicológicos en las notas al pie de página¹²⁵.

Quien parece ofrecer una pauta explicativa satisfactoria sobre la labor judicial contemporánea es Ronald Dworkin y su propuesta del Derecho como integridad. Esta propuesta teórica parece lograr lo imposible: inscribir el rol del juez al interior de una práctica interpretativa que, desarrollándose en el devenir histórico de profundos cambios, adopta la tarea-obligación de *construir-a-partir-del-pasado*. De esta manera, la propuesta del Derecho como integridad es la única propuesta que asemeja la labor del juez al del “comentarista” al que alude Michel Foucault. “Lo nuevo”, que serían las resoluciones de casos concretos que muchas veces pueden no agotarse en reglas previas, se inscribe como producto y como inspiración que

¹²⁴ FRIEDMAN, Lawrence M. *Op.cit.* pp. 214-215

¹²⁵ FRIEDMAN, Lawrence M. *Ibid.* p. 218

explica la práctica legal¹²⁶, la cual debe ser equiparada con el conjunto de discursos que conforman el Derecho de una comunidad.

La idea de integridad no puede ser entendida sin echar mano del rol que Dworkin le atribuye a los principios del Derecho, los cuales fundamentan las prácticas de una comunidad específica. Son estos principios los que ayudan a construir una respuesta jurídica que siga la línea maestra que le otorga sentido al conjunto de reglas, de decisiones pasadas y de la práctica jurídica en general, en la que dicha decisión se inscribe. El objetivo del Derecho como integridad, que está lejos de remitirse a explicar los motivos de los actores que crearon la ley, queda mejor explicado en palabras del propio Dworkin:

“Su objetivo es más bien justificar lo que hicieron (a veces incluyendo, tal como lo veremos, aquello que dijeron) en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un complejo reclamo: que la actual práctica puede ser organizada y justificada con los principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable.¹²⁷”

La teoría del Derecho como integridad es la mejor propuesta teórica que vincula un plano normativo acerca de cómo lograr la mejor interpretación jurídica posible, con un plano descriptivo sobre cómo actúan los principales actores jurídicos. Dejar de lado la usual tensión entre la clase de jueces enunciada líneas arriba (juez boca de la ley v. juez creador), no impide que Dworkin ponga de relieve una constatación descriptiva muy importante: ningún actor puede arrogarse la competencia de imponer un discurso (o respuesta jurídica para hablar en sus términos), a menos que cuente con cierta legitimidad que excede la corrección interna de las proposiciones en las que se basa.

Es en este preciso punto en el que aparece la idea de observar el Derecho como un práctica que la comunidad desarrolla: el autor no es legislador, ni los miembros de la Asamblea Constituyente, sino la comunidad misma expresada a través de una serie de actos

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa editores, primera edición de 1998, segunda reimpresión de julio del 2005.p. 165

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Ibid.*p. 166.

discursivos¹²⁸ que deben ser constantemente interpretados (o comentados) para hacer frente a las tareas propias que le son exigibles a un sistema jurídico. No obstante esta brillante manera de observar la práctica legal, creo que la misma resulta insuficiente para dar cuenta, no de la respuesta correcta, sino de todos los rasgos culturalmente relevantes que se manifiestan en una comunidad. Esta será la tesis central que sostendré y trataré de probar a través del caso del surgimiento del precedente constitucional: Dworkin pasará a la historia no solo por su visión del Derecho como integridad, sino además, por otorgarle a los principios y valores políticos un rol fundamental a su interior; sin embargo, deja de lado otras creencias que explican rasgos centrales de la cultura jurídica de una determinada comunidad. Es todo lo que deseo comentar al respecto por ahora, con cargo a sustentar esta tesis en el último apartado del capítulo 2.

Recordando que los discursos son sometidos a diferentes reglas y que su producción suele estar inscrita en una lógica que excede a las reglas de coherencia interna de una disciplina específica, no hay razón para pensar que el Derecho escape a esta realidad. En el terreno jurídico estos discursos son sometidos a prohibiciones, a barreras y a límites, con tal de asegurar el control de su reproducción o de distribución. Al someter el discurso a estos límites, pareciera que lo que se pretende es que “su riqueza se aligere de la parte más peligrosa y que su desorden se organice según figuras que esquivan lo más incontrolable; todo pasa como si se hubiese querido borrar hasta las marcas de su irrupción en los juegos del pensamiento y de la lengua.”¹²⁹

En el caso del Derecho los enunciados que establecen reglas o principios sustantivos son fáciles de identificar, pues suelen adoptar formas institucionalizadas como las leyes, la jurisprudencia o las demás disposiciones normativas. Adoptar el enfoque foucaultiano en el análisis jurídico implica ir más allá y reconocer la manera en la que estos enunciados

¹²⁸ Resulta interesante traer a colación la definición de Lawrence Friedman acerca de los actos legales (no he deseado traducir el término de *legal acts*, como actos jurídicos por la confusión a la que llevaría en el mundo euro-continental). Para Friedman, un acto legal es cualquier comportamiento realizado por una persona que posee autoridad y que actúa dentro del sistema legal. El autor clasifica los actos legales en: (i) verbales; y, (ii) de conducta, siendo ejemplo de los segundos, las actuaciones de los policías, los jueces o de quienes, en general, aplican los actos verbales a la práctica. Los primeros son clasificados por Friedman como: (i) decisiones: particulares y dirigidas a cierto número de personas en base a alguna suerte de demana previa, (ii) órdenes: las cuales usualmente son el contenido de las decisiones; y, (iii) reglas: las cuales son de alcance general y por lo mismo, muchas veces incluyen un espacio de discrecionalidad. En: FRIEDMAN, Lawrence M. *The Legal System. A social science perspective*. New York: Russell Sage Foundation, 1975. pp. 25-29.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 14

reaparecen y son interpretados generando discursos a través de la práctica jurídica institucionalizada. La Constitución, vista desde esta perspectiva, es un texto fundante no solo de derechos o de principios de organización del poder estatal, sino de otros discursos que serán generados a modo de comentarios.

Existen otras reglas o principios de carácter procedimental que también resultan sencillos de ubicar. Dentro de ellos se encuentra el artículo 51° de la Constitución¹³⁰, que establece la supremacía del texto fundante y revela el carácter jerarquizado de aquello que ha sido entendido y conceptualizado como “fuentes formales del Derecho”. El artículo establece, sin duda alguna, una regla performativa que, leída con las demás disposiciones sobre aplicación de normas, estructura una manera fundamental de ejercer el Derecho, al menos el Derecho destinado a la respuesta correcta.

Continuando con el ejemplo de las reglas o principios procedimentales destinados a regular la actuación de los agentes jurídicos cuyo interés se centra en hallar la respuesta correcta a un caso determinado, resulta ilustrativo traer a colación el numeral 8 del artículo 139° de la Constitución¹³¹. El artículo, dirigido de manera exclusiva a los jueces, desarrolla el deber de administrar justicia aún frente a la ausencia de ley; lo que debe entenderse como un enunciado que ayuda a generar el discurso sobre “la correcta función jurisdiccional peruana”. Ante la promulgación de dicho precepto, resulta inconcebible que un juez deje de decidir un caso por no existir una regla prevista *ex ante*, a tales efectos. El propio artículo conmina al juez a recurrir a los principios del Derecho para cumplir con su deber.

De otro lado, existen otras pautas procedimentales que no aparecen consagradas en textos vinculantes, al menos con el grado y la calidad vinculante propia de las fuentes formales. Estas pautas son tan o más importantes que las reglas formales que cité en los párrafos precedentes, debido a que cumplen la misma función: son visagras funcionales, luces que trazan el camino por el cual debe transcurrir la práctica jurídica. Lo resaltante de estas pautas es que no resultan

¹³⁰ Constitución Política del Perú. Artículo 51°.- Supremacía de la Constitución.

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.

¹³¹ Constitución Política del Perú. Artículo 139.- Principios y derechos de la función jurisdiccional.

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

visibles y ciertamente las aceptamos como dadas, aunque se sometan a otros procedimientos de recepción y de transformación.

Resulta necesario, nuevamente, acudir a un ejemplo. Piénsese en la idea según la cual ningún derecho es absoluto. Esta creencia compartida acerca de que, por ejemplo, el derecho a la vida no siempre debe primar frente a cualquier otro derecho no se encuentra consagrada positivamente en ningún texto. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha recogido en innumerables ocasiones y no resulta ninguna exageración concluir que forma parte del acervo cultural de nuestra comunidad jurídica. Lo mismo puede decirse del principio de ponderación: en buena cuenta dicho principio condiciona nada menos que la manera de determinar la extensión de los derechos y de los principios jurídicos que nos gobiernan; siendo que ninguna norma positiva consagra dicha forma de proceder.

Una interesante tarea podría consistir en emprender un análisis genealógico acerca de dicha creencia: ¿en qué contexto surgió?, ¿qué cambios ha sufrido en los últimos años?, ¿sus alcances se mantienen invariables en todos los escenarios o existen casos en los que dicho principio de se relativiza?, ¿cuál es la condición de posibilidad discursiva que la hace materializable?

Sostengo que estas reglas procedimentales que no responden a un momento de creación o de aparición tan evidente como pueden resultar las demás reglas positivizadas, son en muchos casos, cualitativamente esenciales para el funcionamiento de las dinámicas al interior de nuestra comunidad jurídica. De ahí que resulte imperativo no solo colocar los reflectores sobre su utilización o función, sino sobre las reglas que las hacen posible y el contexto discursivo de su aparición.

Al respecto, no es para nadie un secreto que muchas de las “doctrinas” o “teorías” acerca de cómo interpretar los derechos provienen o están ligadas a la experiencia privada de un actor jurídico concreto. Suponga el caso de un asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional que trae por primera vez la teoría del “estado de cosas inconstitucional”. Probablemente haya escuchado de dicha teoría en algún seminario internacional en Colombia o simplemente haya accedido a textos de consulta en alguna biblioteca o en internet. Sea como fuere, hallar esta relación puede decirnos mucho acerca de la manera en la que se producen ciertos discursos y

puede ayudarnos a observar las regularidades y los cambios a los que son sometidos, incluso desde antes de que sean recogidos en un documento oficial.

Para dirigirnos hacia ese cometido resultarán de mucha ayuda las exigencias metodológicas que propone Foucault. La idea que permite que dudemos de una concepción de los discursos como una continuidad ininterrumpida y por lo tanto inscritos bajo una tradición, es la idea del trastocamiento¹³²: existen momentos de cambio en el discurso que nos revelan más de lo que a primera vista estamos dispuestos a conceder.

Otra idea de mucha utilidad es el denominado *principio de discontinuidad*. De acuerdo a dicho principio no cabe pensar que por encima de los cambios y trastocamientos de los discursos deba existir necesariamente “un gran discurso ilimitado”. En lugar de eso, debemos enfrentarnos al estudio de los discursos asumiendo que estos “se ejercen en prácticas discontinuas que se cruzan, a veces se yuxtaponen, pero que también se ignoran o se excluyen.”¹³³

De otro lado y de acuerdo con el principio de *especificidad*, no hay por qué concluir que en el discurso se lleva a cabo un “juego de significaciones previas”, o dicho en otras palabras, hay que dar por sentado que no existe claridad absoluta previa y que, por el contrario, los discursos se reproducen de manera violenta¹³⁴. La idea que aquí desea expresar Foucault es que la coherencia y la significación de los discursos se van perfilando en el devenir histórico, por lo cual, la tarea consiste en mirar de cerca la red de discursos yuxtapuestos para identificar aquél que pertenece al objeto de la investigación.

Por último, Michel Foucault menciona el *principio de exterioridad*, de acuerdo con el cual no debe tomarse como objetivo encontrar el núcleo central de un discurso específico. La tarea consiste, por el contrario, en hallar las condiciones externas de posibilidad. Se trata de algo similar al ejercicio que esbocé respecto a las ideas acerca de la responsabilidad penal y los derechos de los animales: hablar de ellos o negarlos es algo que se hace posible gracias a una red de ideas o de creencias compartidas que le dan sentido o se lo niegan. Foucault cierra la presentación de estos principios de manera muy didáctica:

¹³² FOUCAULT, Michel. *Op.cit.* p. 15

¹³³ FOUCAULT, Michel. *Ibid.*

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *Ibid.*

“Cuatro nociones deben servir pues, de principio regulador en el análisis: la del acontecimiento, la de la serie, la de la regularidad, y la de la condición de posibilidad. Se oponen, como se ve, término a término: el acontecimiento a la creación, la serie a la unidad, la regularidad a la originalidad y la condición de posibilidad a la significación. Estas cuatro últimas nociones (significación, originalidad, unidad, creación) han, de una manera bastante general, dominado la historia tradicional de las ideas, donde, de común acuerdo, se buscaba el punto de la creación, la unidad de la obra, de una época o de un tema, la marca de la originalidad individual y el tesoro indefinido de las significaciones dispersas.¹³⁵”

La puesta en práctica de estos principios se llevará a cabo a través de dos conjuntos. El primero es el conjunto crítico¹³⁶, en el que el propósito es analizar y reunir las formas de exclusión y de formación a las que han sido sometidos los discursos para mostrar cómo estos se fueron desplazando y fueron coaccionados. Aquí de lo que se trata es de rastrear la forma en la que han operado los mecanismos de exclusión descritos arriba, aplicándolos al objeto de estudio.

La pregunta por el momento de emergencia del precedente constitucional demanda un análisis de las condiciones de posibilidad que le resultan aplicables. Para llegar a ello será necesario revisar los discursos acerca de la función jurisdiccional y aquellos otros que parecen justificar las variaciones que le competen: el de la igualdad ante la ley y, sobre todo, el de la seguridad jurídica. Aquí vale la pena seguir de cerca la visión foucaultiana según la cual, debe entenderse que los discursos no están constituidos por una serie de acontecimientos homogéneos. En lugar de ello debe pensarse que están conformados por una serie de acontecimientos posibles: el contexto de la emergencia singular de los enunciados, el plano de la aparición de los objetos, el plano de la derivación de las reglas de formación de los discursos y los momentos en los que se reemplazan los discursos por otros. Como puntualiza Foucault:

“Indudablemente, la aparición de una formación discursiva es a menudo correlativa de una basta renovación de objetos, de formas de enunciación, de conceptos y de estrategias. (...) No se debe, pues, describir semejante acontecimiento de acuerdo con

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 16

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 17

las categorías que pueden convenir a la emergencia de una formulación, o a la aparición de una palabra nueva.¹³⁷”

No se trata de repasar la historia acerca de cómo se desarrolló el concepto de función jurisdiccional. Tampoco se trata de observar sus condiciones de posibilidad. La tarea consiste en observar momentos de ruptura, pero no a razón de cambios, sino de transformaciones. De esta manera, resulta razonable escoger fechas de corte en base a un análisis cualitativo que explique de mejor manera las razones que llevaron a dichas transformaciones en el discurso acerca del valor y el rol de la jurisprudencia en el Perú. Dicha fecha de corte debe ser cercana al momento de surgimiento del precedente, pues es muy seguro que en esos momentos puedan revelarse las transformaciones en el sistema de formación del discurso acerca de la función jurisdiccional. Después de todo, como menciona Foucault:

“Más que invocar la fuerza viva del cambio (como si fuera su propio principio), más también que buscar sus causas (...), la arqueología trata de establecer el sistema de transformaciones en el que consiste el “cambio”; trata de elaborar esa noción vacía y abstracta, para darle el estatuto analizable de la transformación.¹³⁸”

El otro conjunto al que hace referencia Foucault es el genealógico. Este se pregunta por cómo se han formado esos sistemas de coacción del discurso. En el caso que ocupa a esta investigación, resultará muy provechoso echar una mirada de cerca al contexto de creación del Proyecto del Código Procesal Constitucional, con el cual se introdujo la figura del precedente constitucional. Además, se debe tomar en cuenta cuál fue la norma específica de la serie de los discursos involucrados y cuáles fueron sus condiciones de aparición, de crecimiento o de variación¹³⁹.

A la genealogía lo que le interesa es atender a la series de formación del discurso en tanto poder que constituye positivities. Es en buena cuenta, un poder que afirma no solo objetos, sino el dominio de los mismos, en virtud de los cuales se pueden negar proposiciones verdaderas o falsas¹⁴⁰. Su tarea, por lo tanto, consiste en percibir la singularidad de los sucesos

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. La arqueología del saber. *Op.cit.* p. 223.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. La arqueología del saber. *Ibid.* p. 225.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. El orden del discurso. *Op.cit.* p. 17

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p.20

en aquello a lo que no solemos asignarle una historia. Foucault cita como ejemplos de esto al amor, los sentimientos, la conciencia y los instintos¹⁴¹. Yo deseo agregar dos elementos que serán fundamentales para la investigación acerca de la emergencia del precedente constitucional: las motivaciones y las creencias.

Hay una idea rescatada de Nietzsche por Foucault, hoy en día muy común entre los historiadores, que vale la pena repetir en este contexto. Es la idea según la cual, el trabajo genealógico impide menospreciar los episodios meticulosos de la historia. Muchos de los detalles dan cuenta de la mejor explicación acerca de los procesos de emergencia, incluidos los de los discursos¹⁴². El caso de la emergencia del precedente constitucional demostrará, de manera particular, la importancia que reviste el prestar atención a la historia no solo de “los grandes eventos”, sino de los actores individuales.

Frente a la sucesión de acontecimientos que aparecen a la vista del observador como una continuidad unificada, el genealogista debe tratar de desentrañar las particularidades al interior de una búsqueda por el comienzo. Aquí es fundamental entender por qué Foucault rescata la palabra alemana *Herkunft* en oposición a la palabra *Ursprung*. Mientras la segunda hace referencia al origen, la primera hace referencia a la procedencia, lo cual implica mirar de cerca el proceso de traslado que arrastra a los caracteres generales de un objeto y que producen la formación de una raíz difícil de desenredar¹⁴³. Adoptar este enfoque permite apreciar los datos pasados como una herencia, de manera que podamos apreciarlos como una muestra con capas heterogéneas que hacen inestable su interior. Como advierte Michel Foucault: “la búsqueda de la procedencia no funda, por el contrario, remueve aquello que se percibía inmóvil, fragmenta lo que se percibía unido; muestra la heterogeneidad de aquello que se imaginaba conforme a sí mismo”¹⁴⁴.

El concepto alemán de *Entstehung* resulta también capital a esta investigación, pues hace referencia a la emergencia de los objetos de análisis. Dicha emergencia puede realizarse solo en el contexto de lucha de fuerzas, el cual se materializa a través de la lucha por el discurso. El

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. Nietzsche. *La genealogía, la historia*. En: Genealogía del poder. Madrid: Las ediciones de la piqueta, 3era edición, 1992. p. 7

¹⁴² FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p.8

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p.10

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 13

caso de la fuerza vinculante de las decisiones judiciales en el Perú da plena cuenta de ello, siendo la máxima expresión o punto más álgido, la controversia surgida por el caso de casinos y tragamonedas, entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, bautizado como “La guerra de las cortes”¹⁴⁵.

Por otro lado, las relaciones de dominación son innegables en el contexto del surgimiento de nuevos dispositivos y de nuevos discursos. Foucault recoge las siguientes ideas de Nietzsche y las coloca en una excelente frase: “que hombres dominen a otros hombres, y es así como nace la diferenciación de los valores; que unas clases dominen a otras, y es así como nace la idea de libertad; que hombres se apropien de las cosas que necesitan para vivir, que les impongan una duración que no tienen, o que las asimilen por la fuerza –y tiene lugar el nacimiento de la lógica.”¹⁴⁶ Lo propio puede decirse del caso de estudio que compete a la presente investigación: dominar las fuentes formales del Derecho es controlar -en gran medida- el Derecho como sistema jurídico, lo cual a su vez, conduce al control social, al menos potencialmente.

Muchas luchas en el contexto académico pueden responder, sin embargo, a agendas personales, a contiendas de vanidad o a intereses profesionales o económicos particulares. La dogmática no necesita estudiar dicho contexto de lucha, no es su objetivo y por lo demás, le resultaría perjudicial hacerlo: no es su tarea y no cuenta con las herramientas. Sin embargo, quien desee trazar las líneas que dibujan los límites de los rasgos de la cultura jurídica de una comunidad, deberá prestar especial atención a dicha clase de contexto, pues los momentos de tensión suelen revelar las capas más profundas de las creencias compartidas y su respectivo espesor.

Deseo cerrar el presente acápite rescatando los tres usos del sentido histórico que se oponen a las modalidades platónicas de la historia, mencionados por Foucault¹⁴⁷. El primer uso es el de la parodia, que es destructora de la realidad y la cual se opone al tema de la historia (reminiscencia o reconocimiento), el segundo uso es el disociativo, que es destructor de la

¹⁴⁵ Incluso la editorial Palestra sacó un número exclusivamente dedicado a dicho impase jurisdiccional que lleva por nombre el mismo título. Me referiré en mayor detalle a este episodio de nuestra justicia constitucional en el capítulo 2.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 17

¹⁴⁷ Dichas modalidades se dirigen hacia la búsqueda de la esencia primera que explicaría el origen del objeto

identidad que se opone a la historia (continuidad y tradición), mientras que el tercero es el uso destructor de verdad que se opone a la historia (conocimiento)¹⁴⁸.

El segundo uso reclama mayor atención en la presente investigación. El uso disociativo exige abandonar la idea de que la finalidad de la historia es reconstruir las raíces de nuestra identidad. Su compromiso se sitúa en el plano de buscar y exhibir las distintas raíces que se entrecruzan, o en palabras de Michel Foucault: “no busca reconstruir el centro único del que provenimos, esa primera patria donde los metafísicos nos prometen que volveremos; intenta aparecer las discontinuidades que nos atraviesan.”¹⁴⁹

Nuevamente, el caso de la emergencia del precedente constitucional se encargará de poner en práctica dicho postulado foucaultiano. Se observará que la fuerza vinculante de la jurisprudencia peruana comenzó a manifestar cambios, lo que en buena cuenta significa “su aparición”, hacia inicios de la década de los 90 y que los discursos que lo apoyaron hacen referencia a distintos principios o valores jurídicos y extra-jurídicos. El antecedente cercano del precedente constitucional no se encontrará, sin embargo, en la jurisprudencia del Poder Judicial, sino en sede administrativa.

Será en la justificación del nuevo equipamiento de la jurisprudencia administrativa, en especial la de Indecopi, donde se manifestará el ideal que acompaña a los principales cambios políticos y económicos de dicha época: la seguridad jurídica. Lo interesante de la investigación, sin embargo, consistirá en develar la intersección de dicho discurso con el curso de acción de los responsables del Proyecto del Código Procesal Constitucional, a efectos de demostrar las verdaderas creencias compartidas acerca de la función jurisdiccional que determinaron el asenso del precedente constitucional.

1.2.4.2. Cultura como conjunto de creencias compartidas

Creo que si bien el enfoque del discurso ayuda a revelar muchas de las ideas que sustentan la práctica jurídica, existe otro elemento analítico que ayuda a entender mejor cómo estas operan en los actores relevantes. Se trata del concepto de “creencias”, las cuales suelen ser definidas

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* pp.25-27

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p.27

como la representación de un hecho o de una proposición, o la particular prueba almacenada del hecho o la proposición, o también como el *estado mental* de poseer tal hecho o proposición almacenada¹⁵⁰. Otro rasgo fundamental de las creencias es que estas pueden ser entendidas como razones para la acción; esto es, en ellas se advierte un rasgo causal que explicaría parte de nuestra conducta.

No es coincidencia que el conocimiento sea definido, al menos en el mundo anglosajón, como una creencia verdadera justificada. De ello se desprende que existe tanto una relación dependiente con el mundo, por lo relativo a “verdadera”, así como con la evidencia que posee el agente cognoscente, por lo relativo a lo de “justificada”. Sin embargo, como reconoce Jon Elster, ninguna de estas dos características puede explicar satisfactoriamente la certeza subjetiva de la frase “ya sé”, que usamos en el discurso cotidiano¹⁵¹.

La precisión que hace Elster se encuentra justificada por el objeto de análisis que le interesa abordar: las decisiones cotidianas que los distintos sujetos toman en sus vidas. Pensemos por ejemplo, en la acción de salir de casa un domingo temprano a comprar el pan. Al salir podemos encontrarnos con algunos vecinos, a quienes instintivamente saludaremos o a quienes responderemos el saludo si estos lo hacen primero. De camino a la panadería podemos vernos en la necesidad de cruzar la pista, para lo cual observamos con precaución que la luz verde nos habilite el paso. Ya en la panadería escogeremos el pan que más nos agrada y pagaremos con el dinero que hemos llevado deliberadamente para dicho propósito. Si observamos que la bolsa en la que nos entregan el pan se encuentra húmeda, tomaremos nuestras precauciones al cogerla y tal vez aguardemos unos minutos antes de probar el pan por temor a quemarnos las manos y la lengua.

Este ejemplo es muy didáctico porque permite visualizar distintas clases de creencias y su interrelación con los deseos y emociones. Es muy probable que uno esté acostumbrado a saludar a sus vecinos, como también es probable que habiéndose despertado tarde, uno corra apresuradamente sin percatarse de los saludos del vecino. Incluso, es posible que el vecino haya sido un mal vecino durante la semana, frente a lo cual uno decide deliberadamente no responderle al saludo, embargado tal vez, por una emoción que puede catalogarse como

¹⁵⁰ SCHWITZGEBEL, Eric. *Belief*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2011. Versión en PDF.p. 3

¹⁵¹ ELSTER, Jon. *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa editores, 2010. p. 143

rencor. En cualquiera de los casos, sea el motivo que sea el que nos impulse a saludar o no saludar al vecino, al proferir las palabras de saludo o tan solo al extender la mano derecha hacia arriba con la palma abierta, uno expresa una creencia compartida.

Todos sabemos que estos códigos o signos llevan como correlato un significado compartido; por lo tanto, todos tenemos esa creencia fuertemente arraigada en nuestra mente. Lo mismo sucede al cruzar la pista en luz verde o al pagar con moneda nacional el pan: actuamos convencidos de estas creencias y en base a ellas justificamos nuestras acciones. Incluso la inferencia física que hacemos respecto del vapor que aparece en la bolsa del pan caliente puede ser catalogada como una creencia, aunque ciertamente de otra clase. De esto se sigue que las creencias poseen distintas características y que operan de manera coordinada con otras variables como los deseos, las motivaciones o las emociones¹⁵².

De acuerdo a Elster, los sujetos solemos poseer distintas actitudes cognitivas relativas a la creencia, las cuales poseen diferentes “grados”. En orden decreciente se puede citar primero a *la certeza*, en la que no hay espacio a dudas, luego al *riesgo*, el cual implica la asignación de probabilidades a ciertos hechos, luego a *la incertidumbre*, en cuyo escenario el individuo observa escasas posibilidades de asignar probabilidades a los hechos: y finalmente, *la ignorancia*, en la cual el conjunto de hechos o resultados posibles, así como la probabilidad de su ocurrencia, poseen nula posibilidad de ser inferidos por el agente¹⁵³.

Las decisiones más importantes que solemos tomar se encuentran relacionadas a los dos primeros supuestos. De acuerdo a Elster, ello se debe a que aún cuando no dominamos algún tema específico del cual estamos por ocuparnos, tendemos a adoptar alguna suposición o idea sobre el particular. Sobre la evaluación de probabilidades para adoptar un curso de acción es

¹⁵² De hecho esta caracterización de las creencias se opone a aquella concebida por la vertiente del “disposicionalismo”. Para dicha vertiente el que alguien crea una proposición “P”, significa que esa persona posee una o más disposiciones conductuales particulares que implican a “P”. Suele resumirse la versión diposicional de las creencias como el estar dispuesto a actuar “como si P fuera el caso”. Tales actos son considerados como evidencia de que se cree en “P”. Queda, sin embargo, abierta la pregunta respecto a si estar dispuesto a actuar como si “P” fuera el caso, implica necesariamente creer en “P”. La principal crítica que ha recibido el diposicionalismo sostiene que este peca de reduccionista al relacionar los hechos de creencia únicamente a los hechos sobre el comportamiento exterior, perdiendo de vista la interrelación de las creencias con otras creencias, deseos o con sentimientos. Un representante del diposicionalismo clásico es BRAITHWAITE, R.B. *The nature of believing*. En: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 33. pp. 129-146

¹⁵³ ELSTER, Jon. *Op.cit.* p.145

importante rescatar que esta conducta se encuentra al interior de lo que se denomina “construcción de creencias”, pues se toman datos parciales que implican creencias ya asumidas, para formar unas nuevas. Estos juicios de probabilidad pueden provenir de la observación de frecuencias objetivas o pueden resultar de observaciones puramente subjetivas.

En la mayoría de los casos, cuando nos encontramos frente a la tarea de construir nuevas creencias, el problema no resulta la falta de información que debe ser integrado, sino por el contrario, la abundancia de la misma y probablemente su complejidad. Siguiendo a Elster, incluso las personas doctas en algunos temas que implican el manejo de información suelen errar en los cálculos que implican el razonamiento estadístico. En este mismo sentido, trae a colación otra clase común de error inferencial, al que denomina “sesgo de selección”. Como ejemplo de dicho error menciona al psiquiatra que afirma sorprendido que, de acuerdo a su experiencia, “ningún abusador de niños se detiene por decisión propia”. Si ello fuera cierto, sería improbable que él llegue a conocer a tales abusadores en su consultorio¹⁵⁴.

La formación de las creencias es un tema muy complejo de abordar, en el que además no existe consenso en la comunidad académica, y que por cierto no resulta determinante para desarrollar esta investigación. Sin embargo, sobre la motivación en la formación de las creencias existen algunas ideas que se aceptan de manera pacífica. Una de ellas es el hecho de que aún cuando nos convenga creer alguna idea o hecho, sea porque nos trae ventajas o porque simplemente lo deseamos creer, la sola voluntad no siempre será necesaria para lograr el cometido.

Piense en el caso de una persona que le propone creer en un ser supremo creador del mundo, a cambio de lo cual, usted recibirá la salvación en el día del juicio final. Ahora suponga por un minuto que usted es un acérrimo ateo y que el único día del juicio final que existe en su mente es el de una mala película protagonizada por Arnold Schwarzenegger que lleva el mismo título. Por supuesto, de ser ese el caso, le resultaría imposible creer en dicho ser supremo. Ahora suponga que esta persona, enterada de su incredulidad, le propone creer en el ser supremo a cambio ya no de la salvación, sino de un millón de dólares. Lo más probable es que usted cambie el gesto de su rostro, empiece a ver el mundo con mayor esperanza y no dude en

¹⁵⁴ ELSTER, Jon. Ibid. p. 149

afirmar que está empezando a creer que tal vez, Arnold Schwarzenegger no es el único involucrado en el día del juicio final. Sin embargo, sabemos perfectamente que la exteriorización de dicha afirmación no lleva como correlato un cambio efectivo en su sistema de creencias: lo que usted está haciendo es inducir a esta a persona a creer que ahora, efectivamente, usted cree en su ser supremo.

El ejemplo que acabo de citar no concluye que las motivaciones no ejerzan un rol fundamental en la producción de creencias. Usualmente, suelen incluso modificar algunas creencias que no están fuertemente arraigadas en nuestra mente. Otras veces, el deseo de evitar un resultado parcial se mezcla con la interpretación de algunas creencias colaterales no tan fuertemente arraigadas y producen efectos importantes, incluso autoengaños. Elster cita el ejemplo de una mujer que súbitamente descubre que tiene un bulto en el pecho y que frente a una inicial sospecha de cáncer de mama, decide abandonar la idea de visitar al doctor. Dicha decisión, según Elster, constituye la gestación de la creencia de la ausencia de cáncer, en la que un aspecto determinante resultó la ausencia de concimiento médico preciso de la mujer¹⁵⁵.

El caso que propone Elster se compone de algunas creencias que llevan a la hipotética mujer a adoptar dicha decisión. Las creencias se reproducen a continuación literalmente:

- “1. La sospecha inicial de cáncer toma la forma de una creencia de baja probabilidad.
2. Está acompañada de una firme creencia de que, si de veras tiene cáncer y no hace nada al respecto, el resultado será casi inelectablemente fatal.
3. También la acompaña la firme creencia de que, si tiene cáncer y hace algo al respecto, el resultado, pese a ello, puede llegar a ser fatal y, aunque no lo sea, el tratamiento no será muy desagradable.
4. La mujer no se pregunta en ningún momento si el dolor del tratamiento (comparado con el dolor de una enfermedad no tratada) compensa el riesgo diferencial de mortalidad.
5. En cambio, se limita a abstenerse de consultar al médico para averiguar si tiene cáncer.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ ELSTER, Jon. *Ibid.* p. 161

¹⁵⁶ ELSTER, Jon. *Ibid.*

Tomada la decisión final, pareciera que las creencias que resultaron determinantes fueron la primera y la tercera. Elster explica respecto a la primera creencia que dado el hecho de que los costes de modificarla son bajos, resultará sencillo para la mujer convencerse con ejemplos acerca de bultos inofensivos de lo innecesario que es acudir al médico en su caso. Si la creencia número tres no existiera, podría afirmarse casi con seguridad, que la mujer habría acudido al médico de enterarse de un tratamiento gratuito e indoloro. Como concluye Elster, “el autoengaño no implica el mantenimiento simultáneo de dos creencias contradictorias, una sostenida de manera consciente y otra, en forma inconsciente. Cuando la evaluación inicial de la probabilidad es reemplazada por otra, la primera *desaparece para siempre* en vez de quedar relegada en el inconsciente.”¹⁵⁷

Muchas veces sucede que algún deseo específico nos empuja a dejar de lado cierta evidencia o a no seguir nuestro instinto de corroborarla, mientras que otras tantas, la fuerte convicción de algunas creencias nos lleva a extrapolar algunos resultados a otros supuestos. Tomemos el caso de la presente investigación: ¿qué hizo posible, en última instancia, la emergencia del precedente constitucional bajo la estructura que finalmente adoptó?

De hecho, nadie se ha planteado dicha pregunta como objeto central de una investigación. Sin embargo, en un excelente artículo que constituye una de las obras de estudio sistemático más importantes en nuestro medio respecto al precedente constitucional, Roger Rodríguez Santander se hizo la misma pregunta de manera tangencial¹⁵⁸. La respuesta a la que arribó fue que el peso de la tradición euro-continental resultó determinante para la adopción de un precedente que si bien recoge la vinculatoriedad del *common-law* respecto de la jurisprudencia, también recoge la necesidad de la primera tradición jurídica por elaborar normas generales y abstractas, incluso a través de las reglas explícitas al interior de la jurisprudencia. Más allá de que la respuesta sea muy general, lo que resulta interesante de destacar es que la misma descansa sobre una creencia que no fue contrastada ni examinada; a saber: que las tradiciones jurídicas determinan los cambios en todos los niveles del sistema jurídico. Esta investigación tiene por objeto demostrar que ello es falso, o al menos insuficiente como proposición totalizante.

¹⁵⁷ ELSTER, Jon. *Ibid.*

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Estudios al Precedente Constitucional. Lima: Palestra editores, 2007.

Por último, quisiera presentar dos rasgos de las creencias que resultarán muy útiles para aplicarlas a las evidencias del estudio de caso. La primera es la caracterización de las creencias como un sistema de mapa (*map-like*), mientras que la segunda es la distinción entre distintos niveles de creencias. Respecto a la primera debo precisar que dicha postura es una reacción frente a la propuesta del filósofo Jerry Fodor¹⁵⁹, para el cual, las creencias adoptan una estructura representacional con un funcionamiento similar al de la lingüística. Como explica Schwitzgebel, esta idea supone el hecho de que las representaciones relevantes se encuentran estructuradas de alguna manera, razón por la cual la creencia de “P&Q” compartiría elementos estructurales comunes con “P”. El funcionamiento lingüístico, por su parte, permitiría el juego de inferencias lógicas y de relaciones entre los distintos contenidos de las creencias¹⁶⁰.

La teoría de las creencias como mapa, elaborada por Lewis¹⁶¹ y Braddon-Mitchel¹⁶², sostiene que las representaciones cognitivas operan en forma similar al de un mapa. En su interior se desarrollan funciones productivas y sistemáticas, lo cual significa que a través de la combinación y repetición de sus elementos, un sistema de representación del tipo mapa puede representar infinitos estados de cosas. Así mismo, y esto es fundamental, un sistema como tal tiene la capacidad de acomodar las creencias relacionadas con aquellas creencias que sufren algún tipo de cambio. Debido a que todas las creencias se encuentran desplegadas en un espacio mental que guarda interrelaciones entre estas, el surgimiento, el cambio de posición o el abandono de algunas creencias generan una modificación mínima o sustancial (dependiendo del contenido de las creencias) en el resto de creencias.

Las ventajas explicativas de este enfoque resultan superiores respecto del enfoque lingüístico de Fodor. Imaginemos, digo imaginémos, que súbitamente dejamos de creer en la democracia como sistema de gobierno político. Dicha creencia dejará de aparecer bajo el esquema lingüístico, de eso no hay dudas. Sin embargo en el esquema mental propuesto por Fodor ello no demandará mayores cambios, lo cual no parece coincidir con lo que se sucede realmente. Ya sea que dicho cambio en el sistema de creencias le ocurra a algún ciudadano con un empleo regular o a un funcionario o a un juez que debe aplicar la ley, el impacto tendrá distintas

¹⁵⁹ FODOR, Jerry. *Psychosemantics*. Cambridge: MIT. 1987.

¹⁶⁰ SCHWITZGEBEL, Eric. *Op.cit.* pp. 7-8

¹⁶¹ LEWIS, David. *Reduction of Mind*. En: S. Guttenplan, ed. *A companion to the philosophy of mind*. Oxford: Blackwell. pp. 412-431.

¹⁶² BRADDON-MITCHEL, David y Frank JACKSON. *The philosophy of mind and cognition*. Oxford: Oxford, 1996.

repercusiones, pero las modificaciones respecto de otras creencias son inevitables. Lo más probable es que se modifiquen otras creencias como la extensión y protección de la libertad de expresión, así como el derecho de protesta. Por supuesto, los grados exactos de los cambios de las demás creencias responderán a factores conexos como otras creencias vinculadas, deseos, motivaciones o sentimientos.

El cambio o rechazo de ciertas creencias, como la expresada en el ejemplo anterior, depende de otra característica de las mismas: sus distintos grados de intensidad. Esto ya lo mencionó Elster al identificar zonas de certeza, de riesgos, de dudas o de completa ignorancia. Las justificaciones de las distintas creencias no son uniformes y pueden descansar en datos que sabemos interpretar, en vivencias pasadas o en la autoridad de un experto. En ese sentido, solemos creer que el sol es el centro del sistema solar con la misma convicción con la que creemos que el único animal que puede hablar es el humano.

Estas creencias responden a distintas justificaciones y tal vez, ni siquiera nos hayamos puesto a pensar en qué momento exacto las adquirimos. Si de pronto alguien nos contara que a su casa llegó un perro como mascota que aprendió a hablar, lo más probable es que le sugeriésemos que visite a algún psiquiatra. Difícilmente nuestra respuesta consistirá en aceptar visitar su casa para comprobar si su perro es capaz de saludarnos en nuestro propio idioma¹⁶³. Los rasgos culturales de una comunidad jurídica pueden ser analizados como una serie de creencias compartidas respecto al funcionamiento de las reglas y/o principios sustantivos y procedimentales que operan en su interior. Por supuesto, existirán creencias que poseen una fuerza de arraigamiento más poderosa que otras, así como habrán creencias que algunos actores legales compartirán, mientras que otros no. En esta investigación no me interesa estudiar las reglas dicursivas ni los contextos que posibilitaron el surgimiento de cada creencia. Lo que me interesa es estudiar el contexto y los discursos dominantes que estuvieron presentes y posibilitaron el surgimiento del precedente constitucional.

La relación que pretendo sostener entre los discursos y las creencias compartidas es una según la cual los primeros resultan inevitables en toda sociedad, a manera de elementos que contribuyen decididamente a la producción, consolidación y remoción de dichas creencias. Sin

¹⁶³ Schwitzgebel sostiene que la escala de creencias se ha establecido comúnmente entre los puntos 0 y 1. Siendo cero la absoluta certeza de la falsedad de la proposición, uno la certeza completa de su veracidad y 0.5 la aceptación de que es probable de que la proposición sea verdadera o falsa. SCHWITZGEBEL, Eric. *Op.cit.* p.30

embargo, aquellos no explican a estas de manera necesaria y completa. Tampoco son capaces de explicar algunos cambios importantes en la configuración de las prácticas jurídicas, para lo cual debe recurrirse a la historia y al contexto concreto de algunos actores relevantes. Esto último es precisamente lo que probará el caso de estudio de la presente investigación: las creencias de algunos actores relevantes pueden terminar perfilando una institución que ha sido discutida bajo otras creencias y apoyada sobre otros discursos.

Al permitir analizar el conjunto de ideas-para-la-acción asumidas tanto a nivel colectivo como individual, el sistema de creencias permite corregir una distorsión que parece haber sido acuñada por alguna interpretación sobre la propuesta de Foucault. Me refiero, de manera específica, a la frase atribuida al pensador francés según la cual: “el sujeto ha muerto”. De hecho en su obra cumbre, “Vigilar y Castigar”, Foucault investiga la historia del nacimiento de la prisión moderna, inmiscuyéndose en los discursos jurídicos penales que posibilitan y justifican las nuevas formas del castigo y de la disciplina. Su objetivo es el estudio genealógico del nuevo complejo científico-judicial sobre el que se apoyan las nuevas formas de castigo. Sin embargo, Foucault lanza una advertencia:

“Si nos atenemos a la evolución de las reglas de derecho o de los procedimientos penales, corremos el peligro de destacar como hecho masivo, externo, inerte y primordial, un cambio en la sensibilidad colectiva, un progreso del humanismo, o el desarrollo de las ciencias humanas. Limitándonos, como ha hecho Durkheim, a estudiar las formas sociales generales, corremos el riesgo de fijar como comienzo del suavizamiento punitivo los procesos de individualización, que son en realidad uno de los efectos de las nuevas tácticas de poder, y entre ellas, de los nuevos mecanismos penales.¹⁶⁴”

Para poder llevar a cabo su estudio acerca del nacimiento de la prisión, Foucault esboza cuatro reglas que guiarán su investigación. La primera es abandonar el análisis de los mecanismos punitivos en base únicamente a sus efectos “represivos” y considerar el castigo como una función social. La segunda regla es estudiar los métodos punitivos no como simples consecuencias del Derecho Penal, sino como técnicas de un campo general de otros procedimientos de poder. La tercera está vinculada con el abandono del estudio

¹⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México D.F.: Siglo XXI editores, segunda edición revisada, 2009.p. 32

compartimentalizado del Derecho Penal y de las ciencias humanas, para analizarlas en conjunto, en sus intersecciones y en su significación respecto de las nuevas tecnologías de poder. La última regla propone examinar si la entrada del alma en el campo de la justicia penal, no es acaso el efecto de un cambio más profundo: la manera en la que el cuerpo mismo está investido por las relaciones de poder¹⁶⁵.

La caracterización de su campo de estudio como uno en el que los límites de las disciplinas deben desvanecerse para observar las dinámicas que determinan el curso de los distintos discursos, es sin duda un elemento esencial que rescataré en la presente investigación. Será sumamente útil, sobre todo de cara a estudiar la intersección entre las políticas públicas de las reformas económicas de inicios de la década del 90, con la emergencia de los discursos sobre la seguridad jurídica y su consiguiente correlato con la nueva vinculatoriedad de la jurisprudencia.

Respecto al problema metodológico que podría resultar de una desatención a los cursos de acciones individuales que influyen de manera determinante en la emergencia de un nuevo dispositivo o instrumento jurídico, la expresión foucaultiana de “el sujeto ha muerto”, parece encontrar cabida en esta obra. A manera de resumen, Foucault menciona lo siguiente:

“En suma, no es la actividad del sujeto de conocimiento lo que produciría un saber útil o renuente al poder, sino que el poder-saber, los procesos y las luchas que lo atraviesan y que lo constituyen, son los que determinan las formas y los dominios posibles del conocimiento.¹⁶⁶”

Poner atención a la formación o a la constatación de ciertas creencias individuales puede resultar fundamental en una investigación que también asuma el poder de los discursos inscritos en las relaciones de poder. Ello cobra especial relevancia cuando los hechos son capaces de confirmar que es posible gestar nuevas instituciones jurídicas al margen de los discursos dominantes; justamente, en base a acciones que tienen como fundamento creencias personales o colectivas que discrepan de dichos discursos dominantes. Este es el caso que presentaré como explicación al surgimiento del precedente constitucional como nueva

¹⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* pp. 32-33

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 37.

herramienta institucional y como develadora de rasgos fundamentales de nuestra cultura jurídica.

Hasta el momento he analizado el concepto analítico de creencias bajo un enfoque que permite apreciar sus características en el plano individual. Sin embargo, para aplicar la categoría de creencias al Análisis Cultural, será necesario brindar una definición mínima y funcional que la relacione con la cultura jurídica de una comunidad. Al respecto, resulta una “repetición-conceptual” muy común, definir a la cultura jurídica como el conjunto de ideas, prácticas e instituciones que comparten un grupo de personas al interior de una comunidad jurídica. Propongo deshacernos para siempre de esta noción de cultura jurídica.

Por supuesto, nadie puede negar que la consagración de la noción de separación de poderes o del principio de legalidad, configuren rasgos fundamentales que definen a muchas comunidades jurídicas. Hacerlo resultaría absurdo. De la misma manera, tampoco parece concebible relegar el rol distintivo de las prácticas democráticas como las elecciones y las funciones de representación parlamentaria, como rasgos culturales relevantes. Sin embargo, y tal vez por estar muy familiarizados con estas nociones occidentales, olvidamos que la observación de dichas prácticas y la toma de conciencia de la existencia de tales principios no nos indican mucho, a menos que comprendamos cómo se perciben. Este “cómo se perciben”, no es sino el conjunto de creencias acerca del funcionamiento de dichos principios y de dichas prácticas.

De esta forma, defino como concepto mínimo y operativo de cultura jurídica al conjunto de creencias compartidas acerca de cómo deberían funcionar las instituciones (dentro de las cuales se encuentran las reglas y principios jurídicos) y las prácticas jurídicas de una determinada comunidad. Este conjunto de creencias es particularmente complicado de analizar, debido a que contiene dos clases de creencias que en otros ámbitos culturales son fácilmente distinguibles: las creencias proposicionales y las creencias de valores o de esquemas. Las primeras hacen referencia, como su nombre lo indica, a un conjunto de aseveraciones acerca de si algo es, fue o puede ser el caso en el mundo. Por su parte, las creencias en valores no están enfocadas en determinar si algo es el caso en el mundo, como por ejemplo, si la tierra gira alrededor del sol, sino que expresan ideas valorativas acerca de una conducta o de una situación determinada.

Ahora bien, en el caso del Derecho las creencias respecto de muchos problemas jurídicos pueden encontrarse en el límite entre las creencias proposicionales y de valor. Ello se percibe fácilmente al tomar en cuenta que gran parte de la discusión que involucra principios jurídicos, adopta el esquema de la discusión práctica tradicional con elementos valorativos que deberán ser justificados. Al margen de esta dificultad que deberá ser tomada en cuenta en el caso concreto de estudio, autores como Worsley¹⁶⁷ han demostrado que, a diferencia de las creencias proposicionales donde es casi imposible admitir dos creencias que se contradicen, resultaría perfectamente admisible adoptar creencias de esquemas o de valores que se contradigan en algunos puntos. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de que alguien crea que discriminar a personas por su orientación sexual es malo, pero que al mismo tiempo crea que es admisible el artículo del Código Civil que prohíbe el matrimonio homosexual.

Estas creencias compartidas acerca de “lo jurídico” se encuentran relacionadas entre sí, como si se tejieran al interior de una red que va variando en su composición a lo largo del tiempo. Al centro de la red de creencias interconectadas se encontrarán las creencias más fuertes, que son aquellas que resultan más difíciles de abandonar por cuanto le otorgan sentido a una parcela significativa de la “realidad jurídica”. Ejemplos de estas creencias fundamentales resultan la creencia compartida en que la promulgación de toda norma debe responder a un mecanismo institucional previamente establecido y no al capricho del soberano, o la creencia de que solo se puede acusar a una persona de algún delito si la conducta cuestionada ha sido previamente estipulada como “sancionable” por el ordenamiento jurídico.

Determinar, con el mayor de precisión posible, el grado de intensidad (*¿qué tan fuerte es?*) y el nivel de extensión (*¿cuántas personas la adoptan?*) de una creencia compartida es uno de los retos más significativos por los que atraviesa el análisis de los rasgos culturales a través del esquema de los sistemas de creencias. Establecer un método para determinar dichos alcances no es, sin embargo, el objetivo de esta investigación. Para quienes se encuentren interesados en profundizar acerca de una propuesta interesante, en este sentido, recomiendo la lectura del artículo *Power, Authority, and the Constraint of Belief Systems*¹⁶⁸, del Profesor John Levi Martin, de la Universidad de Chicago.

¹⁶⁷ WORSLEY, Peter. *Knowledges*. New York: New Press, 1997.

¹⁶⁸ John Levi Martin se enfoca en los aspectos formales de las creencias que componen un sistema de creencias, en lugar de tratar de acceder al contenido de las mismas. Sostiene que todo intento dirigido a este segundo rasgo devendrá en estéril o acotado, debido a que se requerirá de realidades muy similares, pero con cierto grado de

No obstante, creo que sí es fundamental aclarar las razones por la que abandono dicha pretensión explicativa en el presente estudio. La primera razón está vinculada a la humildad intelectual y a la tiranía del espacio. El esfuerzo emprendido a través de la presente investigación se circunscribe al terreno de la Teoría del Derecho, mientras que el intento por dilucidar con la rigurosidad y precisión del caso, los límites de la intensidad y de la extensión de las creencias compartidas, demanda el dominio de técnicas relativas a las ciencias sociales.

La segunda razón está relacionada con los criterios conceptuales esbozados por algunos autores como Giovanni Tarello, quien distingue entre una cultura jurídica interna y una cultura jurídica externa¹⁶⁹. La primera hace referencia, acomodándola a la definición conceptual de cultura jurídica aquí propuesta, al conjunto de creencias compartidas por los profesionales del Derecho; esto es, al conjunto de personas que incluye a los abogados, jueces, funcionarios estatales y estudiantes de Derecho que dominan las técnicas jurídicas. Por su parte, la cultura jurídica externa está vinculada al conjunto de personas que no dominan las técnicas jurídicas a nivel profesional, pero que forman parte integrante de la comunidad y son, por lo tanto, no solo receptoras sino partícipes de los productos jurídicos que integran la realidad de dicha comunidad.

Considero que no es necesario ahondar en la extensión de la creencia compartida de la desconfianza judicial, debido a que esta constatación parece una verdad de Perogrullo en el campo de la “cultura jurídica externa”. Esto se ve fácilmente confirmado por las contundentes encuestas de los últimos años respecto al nivel de aprobación del Poder Judicial.

distinción, para efectuar una comparación exitosa. El autor sostiene que los sistemas de creencias pueden ser cuantificados en términos de sus grados de consenso y de “estrechez” (*tightness*). El consenso hace referencia al grado en el que todos concuerdan al interior de un grupo específico, mientras que la estrechez hace referencia al grado en que adoptar una creencia implica no adoptar otra. Su propuesta teórica se basa en la idea de que la “autoridad cognitiva” produce la estrechez de las creencias, en tanto que las creencias que se encuentran en el mismo dominio de juicio autoritativo pueden estar conectadas por redes de implicaciones. De otro lado, la claridad en la estructura de poder, al interior de una comunidad, tenderá a producir consensos, en tanto la incapacidad de concebir alternativas al orden doméstico, se traduce en una incapacidad por concebir alternativas en creencias. Para mayor detalle, revisar: LEVI MARTIN, John. *Power, Authority and Constraint of Belief Systems*. En: *American Journal of Sociology*, Vol. 107. N° 4, enero de 2002. pp.861-904

¹⁶⁹ Aunque el contenido del concepto justifica la distinción analítica del autor, la denominación resulta imprecisa, por cuanto sugiere que existe algo así como una periferia y un núcleo de los elementos constitutivos de la cultura jurídica de una comunidad. Véase: TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995. pp. 180-190.

Sin embargo, y contra lo que algunos podrán objetar, a pesar de que no existe una correlación directa entre desaprobación y desconfianza, pensadas en abstracto, ello sería lo que ocurría en el caso de la desaprobación de un servicio público que implica el sometimiento de los intereses y derechos individuales a la decisión de otro agente individual, como sucede en el caso del servicio de justicia.

A estos efectos debe tenerse en cuenta los resultados de la última encuesta a nivel nacional, elaborada por GFK- Pulso Perú, en enero del presente año. De acuerdo a estos resultados, un 77% de peruanos desaprueba la labor del Poder Judicial. Ahora bien, si además se toman en cuenta los resultados arrojados por la misma encuestadora durante el último año, entonces se tiene que el nivel de desaprobación osciló entre el 68% y el 82%: un evidente rechazo y signo de desconfianza de la población frente a la labor de los jueces ordinarios¹⁷⁰. Por último, resulta ilustrativo tomar en cuenta los resultados de la última (y probablemente única) encuesta a nivel de Lima Metropolitana, elaborada en el año 2013, que mide el nivel de (des)confianza de las distintas agencias del Estado. Los resultados en materia del servicio de justicia son contundentes: el 87% de limeños, que configuran alrededor del 30% de la población del Perú, desconfían del Poder Judicial¹⁷¹.

Que el rechazo y la desconfianza de los peruanos respecto del Poder Judicial han alcanzado cifras contundentes en las últimas décadas es algo que no constituye novedad. El aporte de esta investigación se expresa, al respecto, en dos niveles. En un primer nivel, justificando teóricamente la importancia de “recoger” esa desconfianza en términos de creencias compartidas que definen un rasgo cultural importante para el Derecho. Mientras que en un segundo nivel, la investigación demostrará que dicha creencia negativa no solo se circunscribe al ámbito de la “cultura jurídica externa”, sino que se ha introducido en la esfera de los profesionales del Derecho.

¹⁷⁰ La encuesta nacional-urbana de GFK- Pulso Perú tuvo una cobertura geográfica que incluyó a Lima Metropolitana, 16 departamentos del interior, 23 provincias y 110 distritos. Para mayor detalle de los gráficos relativos al nivel de desaprobación del Poder Judicial y de la ficha técnica de la encuesta, revísense las plantillas 22 y 44, respectivamente, del documento en línea: <file:///D:/Users/nnapuri/Desktop/Edward%20Dyer/GFK2014.pdf>

¹⁷¹ La encuesta fue elaborada por Ipsos Perú para el diario El Comercio, bajo una muestra de 500 personas y margen de error del +/- 4%. Los resultados de la encuesta se encuentran en el siguiente enlace: http://www.ipsos.pe/sites/default/files/articulo_entrevista/Confianza_en_instituciones_2013.pdf

Si bien no se incidirá sobre la extensión exacta a la que ha llegado la creencia negativa en el plano de la “cultura jurídica interna”, se dejará constancia de un hecho fundamental: la extensión de una creencia determinada no garantiza su nivel de influencia. En el caso de los profesionales del Derecho esto es muy relevante, dado que una creencia específica compartida entre pocos profesionales puede repercutir en cambios institucionales de grandes proporciones en un sistema legal. Además, resulta importante aclarar que la identificación de la asimilación de la creencia negativa de la desconfianza judicial, por parte de miembros del Grupo de Profesores que elaboró el Código Procesal Constitucional, basta para responder a la pregunta central de la presente investigación.



Capítulo 2: El precedente en la tradición jurídica del *common law*

2.1. Nociones preliminares del *stare decisis*:

Si bien suele identificarse a las tradiciones jurídicas con un conjunto de creencias fundamentales compartidas a lo largo de cientos de años, dentro de las cuales destacan el *common law* y el *civil law*, no debe olvidarse que estas creencias suelen adquirir matices distintos y muy relevantes en los distintos sistemas legales en los que operan. Esto exige de parte del análisis cultural, una constante revisión de las creencias compartidas a la luz de las prácticas institucionales e informales que impactan en la aplicación de las normas sustantivas y procedimentales del sistema legal concreto.

A efectos de pasar de inmediato al análisis de la materia central de este apartado, considero ilustrativo compartir los rasgos que Victoria Iturralde Sesma ha detectado como los más característicos de los sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición del *common law*. Dichas características son las siguientes:

- a) El *common law* se presenta como un conjunto de principios y prácticas no escritas cuya autoridad no reside en una declaración singular y positiva a través de una explícita fuente de origen legislativo.
- b) Se trata de un Derecho edificado por los jueces (*judge-made law*).
- c) Las cortes inferiores están obligadas a seguir las decisiones (precedentes) de las cortes superiores.
- d) Los principios de *common law*, provenientes de la antigua costumbre, solo pueden ser conocidos (o descubiertos) y aplicados (declarados) al interior de los procedimientos judiciales.
- e) El *common law* es fundamentalmente práctico, no teórico. En su centro está el *adversary proceeding* en los tribunales, que es la idea de una dinámica contradictoria entre dos partes contendientes, cada una haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia.
- f) Es un Derecho no escrito, en el sentido de que no se encuentra codificado.
- g) Las reglas del *common law* (menos abstractas que las del *civil law*) son reglas que tratan de dar la solución a un proceso, y no reglas generales para el futuro.

h) Las reglas sobre la administración de justicia, el procedimiento, la prueba o la ejecución de las decisiones judiciales tienen un interés igual, e incluso superior, a las reglas relativas al fondo del derecho.¹⁷²

2.1.1. Entre mitos y verdades

Como concepto mínimo que servirá de punto de partida para analizar las características del sistema de precedentes, puede adoptarse la definición del *stare decisis*, como aquella doctrina que requiere que todos los tribunales relativos a una jurisdicción inferior acepten las decisiones de las cortes superiores a modo de *derecho declarado*, sin ninguna intención de modificar o rechazar su sentido. Esta definición, como es de suponer, asume muchas cosas por sentadas que merecerán una reflexión más aguda en las siguientes líneas. Basta, por el momento, con destacar las ideas de jerarquía jurisdiccional y de “declaración de derecho”, como elementos constitutivos de la institución del *stare decisis*.

Un mito muy difundido entre la comunidad de abogados, profesores y estudiantes de derecho es la idea según la cual el *stare decisis* es una institución propia y casi exclusiva de la tradición anglosajona. Por el contrario, no solo existe evidencia de que un riguroso tratamiento del *stare decisis* ha sido adoptado a lo largo de la historia por tradiciones euro-continenciales y antiguas¹⁷³, sino que además existe una idea que cuestiona la exclusiva adjudicación del *stare decisis* a las versiones rígidas o fuertes, y plantea, por el contrario, que todo sistema jurídico posee un inherente componente de *case-law*.

¹⁷² ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, primera edición de 1995. pp.16-17.

¹⁷³ De acuerdo a Liang Chang, el sistema legal chino se ha basado, en la práctica, en la tradición del precedente a pesar de que formalmente hacia inicios del siglo XX se adoptaron los principios del Código Suizo. De hecho, las reglas de la organización judicial permitían al Presidente de la Corte Suprema hacerse cargo de los pronunciamientos de las otras cortes populares que atentasen contra la uniformidad de la jurisprudencia. En: CHANG, Liang & Wu. *Sources of Chinese Law*. China Law Review, 1925. Este precepto no se encuentra más vigente en la actual Ley Orgánica de las Cortes Populares de la República Popular China, aunque su artículo 13º faculta a la Corte Suprema Popular China a revertir los casos de las Cortes Populares que hayan aplicado de manera errónea el derecho. Documento en inglés de la Ley Orgánica, en: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384078.htm. Asimismo, se encuentran vestigios del uso de un sistema de precedentes en las sociedades sumerias y semitas –babilonios y hebreos, principalmente-. Sobre los primeros consúltese: LANGDON., John S. *The Sumerian Law Code, compared with Hammurabi's*. Royal Asiatic Society, edición de 1920. Disponible en Google Books. Sobre los segundos, consúltese: MENDELSON, Samuel. *The criminal jurisprudence of the ancient hebrews*. M. Curlander, 1891. Disponible a través del Proyecto Gutemberg en: http://archive.org/stream/criminaljurispru00mend/criminaljurispru00mend_djvu.txt

John Chipman Gray desarrolló esta crítica al destacar que “todo el derecho es producido por el juez (...). La forma en la que un estatuto es impuesto a la comunidad (...) es mediante la interpretación del estatuto por las cortes (...)”¹⁷⁴. La tesis es simple y contundente: en última instancia, toda ley, que por vocación debiera ser general y abstracta, llega a concretizarse en su aplicación a los hechos específicos que son presentados ante un juez; de ahí que el derecho sea un producto de las cortes. Por supuesto, esta apreciación también toma algo por sentado. En este caso, lo que se da por sentado es la idea de que la ley nunca es aplicada de manera literal, o dicho con mayor propiedad; se asume la creencia –esbozada en 1909, ahora plenamente difundida en la comunidad jurídica gracias al impacto de la filosofía del lenguaje analítica de la segunda mitad del siglo XX- de que un precepto legal puede tener más de un sentido interpretativo y que solo uno prevalecerá en el caso concreto a manera de concretización semántica.

Desde esta perspectiva, resulta razonable dejar de adoptar una visión binaria y radical, según la cual o se posee *case-law*, o no se posee en absoluto; y adoptar, en cambio, una perspectiva que mida los grados de respeto a la jurisprudencia y valore adecuadamente las consecuencias de dichos grados de seguimiento al derecho judicial. Desde dicha perspectiva, las diferencias entre los sistemas relativos al *common law* contemporáneo y el sistema peruano o euro-continental en general resultan plenamente visibles: en los primeros se puede hablar de un sistema de precedentes consolidado, mientras que en los segundos no. De manera concreta, en el Perú, antes de la introducción del Código Procesal Constitucional y el correspondiente artículo VII de su título preliminar, si bien podía hablarse de la existencia de un *case-law* bajo la perspectiva de Gray, no cabía hablar de un sistema de precedentes en lo absoluto.

2.1.2. Un pasado común: la influencia del derecho romano en el precedente

Otro factor esencial a tomar en consideración para comprender la estructura y el significado del principio del *stare decisis* en el *common law*, es el reconocimiento de que tanto dicha tradición, como la euro-continental, bebieron del derecho romano¹⁷⁵ y de manera concreta, de la

¹⁷⁴ GRAY, John Chipman. *Nature and Sources of the Law*. The Columbia University Press, 1909. pp. 119-120. Documento digitalizado el 15 de junio del 2006, disponible en Google Books.

¹⁷⁵ Resulta fundamental acotar que en el caso del derecho anglosajón, el impacto que tuvo el derecho romano se reservó a su estudio en las universidades, sobre todo en Oxford. Así, el derecho romano fue estudiado detalladamente como curiosidad académica, aunque su impacto en la conformación o consolidación del sistema

*iurisprudentia*¹⁷⁶, durante la edad media. Los diferentes resultados en el diseño de ambos sistemas legales y el lugar que la jurisprudencia finalmente adoptó en su interior, exhiben la necesidad de atribuir la explicación de dichos disímiles desenlaces a factores histórico-políticos determinados. Aunque no de manera extensa, pues no es el objeto de la presente investigación, en los próximos apartados revisaré los episodios más importantes del caso inglés y del caso estadounidense, con el propósito de comprender el significado cultural que terminó por consolidarse, en ambos casos, sobre la idea del precedente.

Antes de concluir este apartado deseo hacer referencia a la noción de *iuris prudentia* en el antiguo derecho romano, a efectos de poder contrastarlo con la noción del precedente en el *common law*. Como mi propósito no es brindar una descripción o análisis del desarrollo histórico del derecho romano, lo cual sería imposible si tomamos en cuenta que el mismo

legal fue escaso. Luego de que Enrique VIII rechazara apelar a Roma para legitimar sus actos, en el siglo XV, haciendo declarar al Parlamento que había sido instituido por Dios todopoderoso, quien le había conferido autoridad prerrogativa y jurisdicción, la unidad de esta misma –la jurisdicción territorial en Inglaterra o el Law of the Land- se fue asentando y se consolidó durante el siglo XVI. Es en este contexto que en Inglaterra se reforzó la idea de que las normas foráneas no resultaban aplicables y se tuvo especial cuidado con el impacto que la enseñanza del derecho canónico y derecho civil podía tener de cara a la perturbación de dicha consolidación. Si bien el derecho inglés permitió la aplicación del derecho civil en la Corte de la Marina (*Court of Admiralty*), así como la aplicación del derecho canónico en las cortes eclesiásticas; autores como Hale resaltan el hecho de que quedaba fuera de toda duda el que el derecho canónico y el derecho civil carecían de fuerza vinculante en Inglaterra y que solo podían adquirir carácter de autoridad si eran expresamente admitidas. HALE, Matthew. *The History of the Common Law of England*. Chicago: Chicago University Press, 1971. Citado por: HAMBURGER, Phillip. *Law and Judicial Duty*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. Hamburger es quien detalla los hechos que referí al inicio y quien da cuenta de manera magistral sobre el nacimiento de la concepción jerarquizada del derecho que será fundamental para la comprensión del “deber judicial” en el marco del common law. Al respecto revítese el primer capítulo de la citada obra.

¹⁷⁶ Es interesante en este punto, traer a colación el hecho de que aún en la actualidad se designan diferentes instituciones con el nombre de *Jurisprudence*, en inglés, o *Juriprudenz*, en alemán; en contraposición a la noción de jurisprudencia que se maneja en la tradición euro-continental, la cual refleja la idea del producto de la actividad judicial. En el caso de los dos conceptos anteriores, estos están relacionados con la idea de una ciencia o estudio del derecho. Dicha aproximación se encuentra vinculada, aunque de manera indirecta, con la noción romana de *iurisprudentia*, que debe ser entendida como la técnica o arte de encontrar respuestas prudentes en el campo del Derecho. No es casualidad, por lo tanto, la fuerza semántica derivada de la raíz “prudentia” –*frónesis*, en griego-, que encuentra un desarrollo original en Aristóteles; aunque vale la pena aclarar que para Aristóteles la prudencia no era un arte, sino más bien un “un modo de ser racional y práctico, respecto de los que es bueno y malo para el hombre”. En: ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Madrid: Editorial Gredos, 2011. Libro VI.p.132.. Esta técnica –*iurisprudentia*- recaía en la autoridad de algunos expertos, que en un primer momento fueron los Pontífices y luego de los jurisconsultos, momento que es conocido como la etapa de vulgarización de dicha actividad (cerca al año 254 a.c.), centrándose su actividad en: (i) emitir opiniones sobre temas específicos –*respondere*-, (ii) preparar esquemas para negocios jurídicos específicos –*cavere*-, y (iii) asesoría sobre la escogencia del modelo procesal idóneo para defensa de intereses particulares –*agere*-. En todo caso, la idea central que debe rescatarse es que la jurisprudencia en el derecho romano fue una fuente de derecho que no dependía del legislador ni del juez, sino de los expertos.

abarca varios siglos¹⁷⁷, resaltaré de inmediato las dos ideas centrales que deseo rescatar a efectos de compararla posteriormente. La primera idea a tomar en consideración es la innovación casuística que ya desde la República dejaba vislumbrarse en los trabajos de los Pontífices y de los Pretores, una característica un tanto impensada de un sistema que llegó a encumbrar la idea del rígido seguimiento de las formas jurídicas. La siguiente idea es el uso autoritativo que en la época del Imperio Romano se hizo de las opiniones de ciertos juristas, seleccionados por el Emperador, a efectos de aplicarse como argumentos decisivos por los magistrados. Este uso de ciertos productos jurídicos del pasado, con vocación de aplicación autoritativa es la esencia de una visión del *stare decisis*, aunque ciertamente con una particularidad que la hace lejana a la idea del precedente en el *common law*.

Durante la República, los Pontífices tuvieron a su cargo la interpretación del derecho: tanto del no escrito, como del relativo a las XII Tablas (se calcula que su promulgación se dio hacia el año 450 A.C.). Dentro del poder del que gozaban, incluso hubo espacio para cierta innovación respecto de las soluciones a los casos concretos. Un caso interesante, mediante el cual se puede apreciar el primer rasgo que deseo resaltar, es el relativo a la interpretación que los Pontífices hicieron de la regla de las XII Tablas que posibilitaba la emancipación del menor respecto del paterfamilias. La disposición establecía dicha posibilidad solo para el hijo varón y frente al hecho de haberlo vendido más de tres veces para realizar trabajos forzados. La interpretación que llegaron a formular los Pontífices hizo posible que la emancipación se otorgara no solo a los hijos varones, sino a las mujeres, y además posibilitó la simulación de la venta de los hijos por tres veces, sin que estos tuvieran que realizar ningún trabajo forzado en la realidad. Este mecanismo utilizado deja apreciar el recelo que tenían para modificar leyes que aún cuando eran consideradas irrazonables para la nueva época, debían ser respetadas como tradición; de ahí que se recurriese a la figura de la simulación. Aunque ciertamente no se puede decir lo mismo respecto del hecho de emancipar a las hijas mujeres, los Pontífices nunca manifestaron haber cambiado el derecho, solo perfeccionaron su interpretación¹⁷⁸. Aquí se aprecia cómo la afirmación de Gray respecto a que en última instancia toda concretización

¹⁷⁷ A manera de ejemplo puede tomarse en cuenta el cálculo que empleó Justiniano al momento de emprender su trabajo codificador: 1400 años de tradición romana, desde el año 870 A.C.. En: JUSTINIANO. *Constitución Deo Auctore*, numeral 5.

¹⁷⁸ Esta información la desarrolla de manera más detalla Peter Stein en el primer capítulo de la siguiente obra: STEIN, Peter. *El Derecho romano en la historia de Europa*. Historia de una cultura jurídica. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001.

del derecho se hace a través de su aplicación al caso concreto, también resulta aplicable al caso romano. Podemos encontrar, sin problemas, vestigios de un sistema abierto al *case-law*¹⁷⁹.

En el período que se conoce como período clásico del derecho romano, que cubre los primeros dos siglos de la era cristiana, la elaboración de la técnica jurídica se hizo más depurada y alcanzó altos estándares que luego desembocarían en la codificación. En este período, los Pontífices y los Pretores que habían producido un sinnúmero de decisiones que contribuyeron al desarrollo de una copiosa casuística, presenciaron el surgimiento de una nueva clase de especialistas en el derecho: los juristas romanos.

Referirse a ellos como especialistas es en realidad una provocación, dado que fueron convirtiéndose en especialistas a medida que el análisis del derecho alcanzó una mayor apertura o vulgarización. En otras palabras, estas personas no fueron preparadas profesionalmente para el ejercicio de representación. Si tomamos en cuenta la clasificación que hace Papiniano¹⁸⁰, sobre las fuentes del derecho vigentes en ese momento, encontramos que estas comprendían los siguientes productos: los estatutos (*leges*), las resoluciones populares (*plebiscita*), las resoluciones del senado (*senatusconsulta*), decretos de los emperadores (*decreta principum*) y los pronunciamientos autoritativos de los hombres expertos en el derecho, los juristas (*autoritas prudentium*). A estos se les añadía el *ius honorarium*, el derecho contenido en el Edicto del Pretor, y de ella se esperaba que pudiera ayudar o incluso enmendar el *ius civile*. Ya desde los últimos años de la República el trabajo de los juristas más renombrados adquirió fama de opinión que debía ser consultada para entender mejor el derecho, debido a que tendían a analizar la pluralidad de fuentes de derecho.

¹⁷⁹ Otro ejemplo que ayuda a consolidar esta perspectiva es el trabajo que los Pretores llegaron a realizar en la época de la República. Actuando como magistrado, dentro de las muchas funciones que tenía a su cargo como representante del rey, el pretor se encargaba de fijar las dos partes de la acción y concedía fórmulas que se ajustaran a las demandas de los accionantes. Ante casos novedosos, el pretor se vio en la necesidad de adaptar las fórmulas tradicionales a los nuevos sucesos sociales, creando nuevas fórmulas. Nuevamente, estos no reconocieron su participación en la creación de nuevo derecho, aunque a efectos prácticos esto es lo que muchas veces hicieron. Un célebre ejemplo de ello es la anulación de los efectos de algunos negocios jurídicos celebrados entre jóvenes emancipados con adultos, cuando se presumía que había existido de por medio engaño o coacción. La ley establecía que los púberes adquirían libertad inmediata, frente a lo cual no había ninguna protección expresa contra los casos de abusos o engaños en la compra-venta de bienes. Más al respecto en: STEIN, Peter. *Ibid.* pp.16-17.

¹⁸⁰ Papiniano. *Las Definiciones*, contenidas en *El Digesto*. I.I. 7.

Se le atribuye a Augusto la reforma que permitió que algunos juristas seleccionados tuviesen el derecho de brindar opiniones (*ius respondendi*) dotadas de la *autorictas* del emperador, de manera que de ellas emanaba fuerza autoritativa y por lo tanto debían ser tomadas en cuenta al momento de resolver los casos. Un nuevo estudio de Jill Harries sostiene, sin embargo, que esta aseveración no puede confirmarse y que resulta extraña si se toma en cuenta que ninguno de sus sucesores volvió a usar dicha prerrogativa, por lo que teje la tesis según la cual, Tito Pomponio Ático, quien registrara dicho evento histórico, en realidad mintió con el propósito de justificar la política jurisdiccional que en ese sentido sí adoptó el emperador Adriano¹⁸¹. De hecho, si bien Adriano revistió de autoridad a las opiniones de algunos juristas -una verdadera élite de jurisconsultos-, convirtiéndolos en productos de derecho en tanto sus opiniones debían ser tomadas en cuenta al momento de resolver, esto antes que una innovación fue el reconocimiento con fuerza vinculante de una práctica generalizada¹⁸².

Como se puede apreciar, si bien los magistrados que debían resolver los casos estaban en la obligación de tomar en cuenta la opinión de los juristas seleccionados e investidos de *autorictas* al momento de resolver los casos, difícilmente podemos entender por esta costumbre la práctica del *stare decisis* en el sentido que hoy manejamos. Es importante destacar que si bien se trata del análisis de una fuente pasada que reviste de carácter de autoridad, y que debe ser contemplada como una fuente ineludible al momento de pronunciarse sobre el caso concreto, no estamos hablando de un elemento que contenga una decisión. El *stare decisis*, como lo indica su nombre es *atenerse a lo decidido*, a lo resuelto. Aún cuando las destacadas opiniones de los juristas romanos contenían rigurosos análisis sobre lo resuelto por los magistrados a lo largo de la historia romana, ese análisis no es precisamente el mismo que el efectuado por un magistrado que resuelve un caso específico. Y no se trata de una distinción semántica sin mayor trascendencia. Por el contrario, el *case-law* anglosajón se distingue por la predilección de los detalles de los hechos y de las particularidades antes que por las generalizaciones o sistematizaciones inductivas. De ahí que el “mantenerse en lo decidido” adquiera una dimensión particular con consencuencias prácticas notables, las cuales desarrollaré más adelante.

¹⁸¹ HARRIES, Jill. *Law & Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. pp.16-17.

¹⁸² Mención aparte merece la consideración de la fuerza que adquirieron en la antigua Roma los edictos del Pretor. Según María José Falcón y Tella, estos gozaron de vinculatoriedad, aunque no comparable en el tiempo ni en la fuerza, con la que ahora gozan las decisiones judiciales en los sistemas anglosajones. En: FALCÓN y TELLA, María José. *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 28.

Como enfatiza Sumner Lobingier, el sistema de precedentes en la tradición anglosajona equivale al pronunciamiento judicial final sobre un problema jurídico apropiadamente presentado, mientras que el principio del “*stare decisis* (...) sólo se presenta sobre las decisiones, y de manera directa, respecto el punto en cuestión.¹⁸³” Lobingier recuerda que estas decisiones suelen estar acompañadas de opiniones, las cuales no resultan esenciales para constituir la decisión final del precedente. Solo el fallo sobre el que la mayoría de los jueces está de acuerdo constituye precedente¹⁸⁴.

2.2. El caso de Inglaterra: el poder de la razón

Como todos los temas que se desarrollan a lo largo de esta investigación, la selección del presente acápite ha tenido como fundamento el criterio de funcionalidad. Así, no me propongo desarrollar toda la historia del surgimiento de la doctrina del *stare decisis* en Inglaterra, sino exponer los momentos clave y las teorías que estuvieron detrás de dicho surgimiento. La idea central es exhibir el rol que estas ideas jugaron en el contexto determinante del surgimiento de dicha doctrina, de manera que se puedan revelar los rasgos culturales que implican las prácticas jurídicas inglesas. La conclusión a la que arribo, que vale la pena adelantar, es que contrariamente a la suposición de que el positivismo jurídico fue el factor que definió el surgimiento del *stare decisis*, este respondió a un lento proceso de configuración procesal (a inicios de la edad media), en el que la justificación de las decisiones de las cortes a través de razones, se convirtió en el factor determinante que terminó por configurarla.

2.2.1. Distinguiendo el *case-law* de la doctrina del precedente

Antes de presentar el desarrollo de estas ideas fundamentales es importante aclarar algunos conceptos y la función que cumplieron en el Derecho inglés. En consonancia con el concepto mínimo que planteara en el acápite anterior, Sir Rupert Cross y J.W. Harris identifican una interpretación ortodoxa de la doctrina del *stare decisis* con la frase *stare rationibus decidendis* (mantener las *rationes decidendis* de los casos pasados)¹⁸⁵. Suele suceder, sin embargo, que

¹⁸³ Pollock v. Farmers' L. & T. Co., 157 U.S. 429-574, 15 S. Ct. 673 (1895). Citado por LOBINGIER, Sumner C. *Precedent in Past and Present Legal Systems*. Michigan Law Review, Vol. 44, Nº 6. Junio de 1946.p.965

¹⁸⁴ LOBINGIER, Sumner C. *Ibid.* p. 966.

¹⁸⁵ CROSS, Rupert y J.W. HARRIS *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press. Reimpresión del año 2004, edición de 1991.pp. 100-101.

en algunos casos se entiende que la vinculación está referida a lo decidido, sin más. La diferencia, aunque pareciera sutil, es muy importante. El desarrollo del *case-law* en Inglaterra, llevó a los operadores jurídicos a seguir los casos pasados y aplicarlos a los nuevos si los hechos de los mismos eran similares entre ellos. De manera específica, condujo a que estos siguieran no todo el caso, sino la *ratio decidendi*, que por el momento identificaré como las razones necesarias y suficientes que explican el resultado del caso. Sin embargo, cuando estas razones no parecen claras o no se encuentran explícitamente en la redacción de una sentencia, suele ocurrir que se apele a la noción de vinculación del resultado; esto es, de inclinarse ante la idea de que lo que vinculatoriedad queda reservada a la decisión final y no a las razones que la sustentan. La idea de la importancia de la *ratio decidendi* en la cultura jurídica inglesa puede apreciarse en la intervención de Lord Reid en el caso *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, y la distinción que hace respecto del caso anterior *Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis & Co.*:

“La decisión nos vincula, pero estoy de acuerdo con que la decisión por sí misma no será fructífera para los apelantes porque los hechos de este caso son muy distintos de aquellos en el caso *Elder Dempster*. Para que los apelantes tengan éxito será necesario encontrar en los discursos de esta cámara una *ratio decidendi* que cubriese este caso y que luego se siga dicha *ratio decidendi* (...). La decisión de esta cámara es autoritativa en casos en los que las circunstancias no son razonablemente distinguibles de aquellos que dieron origen a la decisión.”¹⁸⁶

Lo que debe quedar claramente diferenciado, entonces, es la tendencia de tratar casos similares de la misma manera (algo que puede estar inspirado en una idea de aplicación del principio de igualdad o de justicia básica), de la culminación de un proceso que lleva a que un sistema jurídico reconozca la obligatoriedad en ese judicial, de seguir un caso anterior a través de las razones que justifican su decisión. Este último resultado es algo que se consiguió en el mundo anglosajón entre el siglo XIX y el siglo XX, un hecho fundamental que muchos académicos dejan de lado o confunden al referirse a la arraigada tradición anglosajona del *case-law*¹⁸⁷. Una primera conclusión que puede inferirse, con cargo a ser desarrollada en las

¹⁸⁶ *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, 1962. Citado por CROSS, Rupert y J.W., HARRIS. *Ibíd.*p. 101.

¹⁸⁷ Elmer Arce sostiene respecto al sistema legal peruano que en este, “a diferencia del common law, una sentencia es un acto no normativo. Y ello, porque la sentencia, que pone fin a un proceso judicial, se aplica solo a

próximas líneas, es que el *common law* no necesitó de la institución del precedente judicial para desarrollarse. Para comprender mejor el impacto que el precedente tiene en el sistema inglés, describiré a grandes rasgos su sistema de fuentes y los últimos cambios en el sistema judicial introducidos a través de la Ley de Reforma Constitucional del 2005 (Constitutional Reform Act 2005) -dictada por el Parlamento del Reino Unido-, la cual decretó como uno de sus cambios más importantes la abolición de la Cámara de los Lores¹⁸⁸, instaurando en el año 2009 la Corte Suprema del Reino Unido¹⁸⁹.

El primer hecho que debe ser tomado en cuenta para apreciar las implicancias del precedente y de su surgimiento en el sistema jurisdiccional inglés, es que el Reino Unido se conformó, por razones históricas y políticas, como un Estado con diversas jurisdicciones separadas, por lo que puede afirmarse que no posee un sistema legal unificado. Se puede hablar de un sistema jurídico inglés y galés, como de un sistema jurídico escocés y un tercer sistema nor-irlandés¹⁹⁰. Es importante acotar que puede decirse, sin temor a la inexactitud, que hay tres Derechos británicos: (i) el inglés y galés, (ii) el irlandés; y, (iii) escocés, de los cuales solo los dos primeros pertenecen a la tradición del *common law*, pues el derecho escocés hunde sus raíces

las partes intervinientes en el caso.” ARCE, Elmer. *Teoría del Derecho*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2013.P. 147. Las comparaciones sobre el uso de instituciones jurídicas entre tradiciones jurídicas distintas, sobre la base de conceptos jurídicos clasificatorios relativos a una de ellas, suele correr el riesgo de invisibilizar el verdadero sentido de alguna de las instituciones comparadas. En este caso podría pensarse que las sentencias judiciales en el *common law* se aplican a más individuos de los contemplados en el proceso, lo cual es falso. Si se ejerce el principio de caridad y se interpreta a la mejor luz posible las palabras de Elmer Arce, entonces se debe concluir que su interpretación intenta resaltar el carácter vinculante de las sentencias entre los jueces. Sostengo que es un error equipararlo a un acto normativo, por cuanto los precedentes adquieren un rol argumentativo en cada caso en el que son invocados. De manera específica, la parte resolutive no es la que se aplica a casos similares, sino las razones que la justifican. Otro elemento que Elmer Arce considera requisito necesario para calificar a una norma como fuente de derecho es “la generalidad y abstracción” (*ibid.*) Esta concepción suya colisiona abiertamente con la definición de Pizzorusso que el propio Arce escoge al inicio del mismo capítulo como definición de fuente del Derecho: “los hechos o actos jurídicos que, a partir de normas sobre la producción jurídica en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de las disposiciones o normas que lo integran”. (*ibid.*p. 120)

¹⁸⁸ Los doce magistrados de la Cámara de los Lores eran conocidos como Law Lords, aunque su título oficial era Lords of Appeal in Ordinary, quienes debían atender los casos provenientes de las cortes inferiores; sobre todo de la Corte de Apelaciones.

¹⁸⁹ Los magistrados de la Corte Suprema son conocidos como Justices, como en Estados Unidos y también son doce los justices que son investidos por la Reina del Reino Unido, de acuerdo al numeral 23 de la Ley de Reforma Constitucional del 2005.

¹⁹⁰ Sobre la distinción entre el derecho inglés (y galés) y el derecho escocés e irlandés, María José Falcón y Tella recomienda leer la tesis doctoral de M.L. MARÍN CASTÁN. Significado y alcance de la equity inglesa. Tesis doctoral dirigida por J. Iturmendi Morales. Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1985. Citado en: FALCÓN Y TELLA, María José. *Op.Cit.*p.35.

en el Derecho romano. No obstante ello, en la mayoría de asuntos legales, la Corte Suprema del Reino Unido se encuentra constituida como la corte de apelación final¹⁹¹; razón por la cual más adelante daré luces sobre el modo en el que esta corte entiende y aplica la idea del *stare decisis* en los últimos años.

El Derecho inglés, como he mencionado anteriormente, es básicamente un producto de la práctica jurisprudencial. Si bien suele reivindicarse la idea de que el constitucionalismo inglés carece de una Constitución escrita, debe precisarse que de lo que adolece es de la falta de un cuerpo unificado, pero no de una serie de documentos normativos constitucionales como lo demuestran la Ley de Derechos Humanos de 1998, la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 y la propia Ley de Reforma Constitucional del 2005. Asimismo, el Parlamento devolvió algunas funciones competenciales a Gales, Escocia e Irlanda del Norte en un proceso que empezó en la década de 1990; luego de lo cual la más importante modificación que sufriera sería la reforma constitucional que removió la función judicial de la Cámara de los Lores para otorgársela a la Corte Suprema, quedando básicamente a dicha cámara y a la Cámara de los Comunes, la función legislativa. Este dato es muy importante de ser tomado en cuenta pues la fuerte identidad del sistema político inglés, como un sistema parlamentario, ha repercutido en la aproximación que los operadores jurídicos (abogados y jueces incluidos) han adoptado respecto del precedente.

Para la cultura jurídica inglesa no hay ninguna duda en afirmar que por más de que se reconozca cierta capacidad creativa en la construcción de reglas a través de las sentencias judiciales, no cabe hablar de “legislación judicial”. Ello se debe a que no existe equivalencia entre el texto autoritativo de un estatuto y una decisión judicial. Aún cuando al resolver un caso, los jueces no se encuentren atados a un estatuto o a otro caso similar pasado, el poder de los jueces para decidir el caso concreto se encuentra delimitado por lo que no pueden considerar, así como por lo que deben considerar como variables legales normativas vinculantes. Esto puede quedar más claro a través de un ejemplo.

En el caso *Morgans v. Launchbury* de 1971, se discutía ante el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores si se le podía imputar la responsabilidad de un accidente de tránsito a la

¹⁹¹ Para una explicación didáctica y completa sobre la estructura del sistema jurisdiccional del Reino Unido recomiendo visitar la página web del propio sistema judicial: www.judiciary.gov.uk

titular del vehículo, a pesar de que quien había ocasionado el accidente, conduciendo el vehículo, era el amigo de su esposo. El argumento que respaldaba dicha postura se sostenía bajo la premisa de que al tomar dicha decisión se estarían colocando los costos del resarcimiento de los daños sobre una persona que estaba en mejor posición para enfrentarlos, pues la titular del auto estaba asegurada. La intervención de Lord Wilberforce en dicho caso, rescata la percepción inglesa respecto a los límites del poder que detenta el juez. De acuerdo a Lord Wilberforce, no se podía aceptar una solución como la planteada, en tanto que ello demandaría necesariamente desconocer la regulación en materia de responsabilidad civil y confundirla con las disposiciones de la regulación sobre seguros¹⁹². Para el juez inglés, el derecho legislado o estatuto es un claro límite a su poder jurisdiccional.

2.2.2. Las fuentes de derecho y la jerarquía de las cortes en Inglaterra

Dado que el propósito en este punto es brindar un esquema general y no pormenorizado de la estructura de fuentes del derecho inglés, a efectos de que se pueda comprender mejor el alcance que la doctrina del *stare decisis* posee en la tradición del *common law*, en adelante me guiaré por el esquema brindado por María José Falcón y Tella, aunque complementaré algunas secciones que han sido poco desarrolladas. En este sentido, vale la pena precisar que el esquema que adopta clasificando las fuentes en: (i) derecho creado por los jueces -*judge made law*-; y, (ii) derecho legislado -*statute law*-, es acertada y sobre todo funcional. Sobre las primeras fuentes cabe desagregarlas en los siguientes productos normativos:

- a) Derecho consuetudinario o *customary law*.- Se trata de las pautas o reglas que se desarrollaron en el territorio de la actual Inglaterra, Irlanda y Gales, aproximadamente desde la temprana edad media y que hacia la entrada en la modernidad fueron objeto de análisis por parte de los jueces, reconociéndose su valor normativo para solucionar los casos presentados ante sí. De hecho, en el siglo XVII se entendía que las Cortes del Rey, al resolver los casos y establecer la validez de ciertas costumbres locales, lo que en ultima instancia hacían era depurar y reconocer los elementos vigentes del *common law*¹⁹³.

¹⁹² Caso citado por CROSS, Rupert y J.W. HARRIS. *Op.Cit.*p.35.

¹⁹³ Reportes del Chief Justice Hobart. *Day v. Savage*, 86-87 (K.B. 1614). Citado por: HAMBURGER, Phillip. *Op.Cit.*p.181. Sobre las costumbres también resulta importante destacar que estas fueron objeto de nulidad por parte de algunos jueces en lo que algunos autores como Hamburg observan la génesis de *la judicial review*.

- b) El derecho casuístico o *case law*.- Es el conjunto de decisiones y de reglas que estas decisiones produjeron a lo largo de varios siglos (se acepta generalmente la idea de nueve siglos tomando como referencia la Invasión Normanda de 1066)¹⁹⁴ y que fueron tomadas en cuenta por jueces de cortes locales al momento de resolver los casos que tenían frente a sí. El grado de vinculatoriedad que se fue desarrollando respecto de estas reglas y decisiones es objeto central del presente acápite y será desarrollado más adelante en extensión.
- c) La *equity*.- Fue una jurisdicción que tuvo sus orígenes en el siglo XIV y duró hasta el siglo XIX, caracterizándose por ser un sistema paralelo al de las cortes del *common law*, al mando del Canciller, quien era “la conciencia del Rey”. El Canciller era normalmente un clérigo –un obispo-, quien decidía los casos en base a un sentido de justicia, sin jurado y en un proceso seguido en inglés. Debido a que dicha jurisdicción empezó a reconocer nuevos derechos se hizo muy popular y la rivalidad con las otras cortes no demoró en estallar.

Para que las diferencias recientemente señaladas queden claras vale la pena precisar lo siguiente. El término *common law* suele usarse como término que contrapone el derecho anglosajón en general, frente al derecho eurocontinental o *civil law*. Anteriormente ya he mencionado la diferencia entre distitos sistemas legales que puede pertenecer a una misma tradición jurídica y la distinción entre estas. Agragaré ahora, que si los primeros se distinguen por un conjunto coherente de procedimientos y de normas sustantivas –normas de producción normativa así como códigos o cartas de derechos subjetivos, por citar unos ejemplos-, una tradición jurídica es un conjunto de creencias compartidas sobre cómo operan dichas reglas; y en mayor profundidad, es un conjunto de creencias acerca de la organización política de una

Hamburg resalta el hecho de que por muchos años este hecho histórico fue dejado de lado por los académicos que restringían el concepto de *judicial review* al objeto y no a la práctica en sí, prestando atención al cuestionamiento de actos del parlamento y no iguales prácticas enfocadas en la costumbre o en los actos del gobierno. Para entender la importancia de la costumbre y de su análisis de validez Hamburg cita a: Matthew Hale: “El Common Law cuáles de esas costumbres son buenas y razonables y cuáles son no razonables y nulas (...) y otorga a esas costumbres que juzga como razonables, la fuerza y la eficacia de su obligatoriedad.” HALE, MATTHEW. *The History of the Common Law of England*, 18, ed. Charles M. Gray. Chicago: University of Chicago Press, 1971.p.180

¹⁹⁴ De acuerdo a la Judiciary inglesa, el proceso habría tomado cerca de mil años. Los primeros jueces pueden ser rastreados hacia el siglo XII, tratándose de oficiales de la corte del Rey quienes le aconsejaban en la resolución de disputas y que progresivamente fueron ganando independencia. A estos se los conoció como los *justices in eyre*. Para mayor detalle revisar la explicación de la propia Judiciary inglesa, en: <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/history-of-the-judiciary>

comunidad¹⁹⁵. De otro lado y manera más detallada, el *common law* es el conjunto de reglas y principios de carácter consuetudinario que se generaron en la resoluciones de casos por los tribunales de Westminster Hall¹⁹⁶.

Bajo la denominación de *equity* quedan comprendidos los principios que se desarrollaron en la Corte de la Cancillería –*Court of Chancery*- que se instituyó en el último cuarto de siglo del siglo XIV. Como consecuencia de las Judicature Acts de 1873, los principios y las reglas del *common law* y de la *equity* se aplican en las mismas cortes, aunque según algunos estudios, aún hoy en la práctica, se tienden a separar conceptualmente en su aplicación¹⁹⁷.

Por su parte, el *statute law* o “derecho legislado” inglés se encuentra claramente diferenciado del *case law*, no solo debido a la estructura que posee o al modo de producción al que se somete, sino porque es reconocido como fuente distinta al *common law* (conformado por las costumbres antiguas, el *case law* y la *equity*). Bajo el rótulo de *statute law* se encuentran las disposiciones normativas decretadas por el Parlamento británico y la Comunidad Europea. Una diferencia fundamental, por lo tanto, es que mientras el *case-law* es desarrollado por las cortes, el *statute law* es el producto del trabajo del Parlamento.

¹⁹⁵ Otra definición esclarecedora acerca de tradiciones jurídicas, o “legales” como las llama el autor, es la de John Henry Merryman: “Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de reglas acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de 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 adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en la que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse, y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural.” MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, segunda edición corregida de 1989, décimo segunda reimpresión de 2009.p.17.

¹⁹⁶ Los jueces reales de la edad media fueron seleccionados e investidos por el propio Rey. Los primeros profesionales del derecho, educados para tal oficio, fueron seleccionados como jueces alrededor del año 1270. Faltarían 70 años hasta que la élite de los profesionales del derecho adquirieran el monopolio de las causas de las dos cortes del *common law* más importantes: la *King’s Bench* y la *Common Bench*. Con esto también se logró que las cortes pasen a estar conformadas casi en su totalidad por laicos. Para más datos revisar la entrada de “Judiciary” –English Common Law de: Oxford Encyclopedia of international legal history.pp.415-418.

¹⁹⁷ A esta conclusión llega María José Falcón y Tella luego de haber revisados las siguientes tesis: MARÍN CASTÁN, M.L. Significado y alcance de la *equity* inglesa, tesis doctoral, dirigida por J. Iturmendi Morales. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985; y, ANDRADA HERRERO, N. La equidad como elemento catalizador entre la norma jurídica y la justicia, Tesis doctoral dirigida por J. Iturmendi Morales. Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1988. En: FALCÓN Y TELLA, María José. Op.cit.p. 40.

Aunque pueda pensarse lo contrario, el rol que juega el derecho legislado en Inglaterra es fundamental. De hecho, existen dos mitos muy difundidos, el primero tiene que ver con la idea de que el *case-law* es más importante que el *statute law* y que por lo tanto tiene una preferencia en la escala normativa por encima de aquél. De otro lado, se suele pensar que la cantidad de derecho legislado es secundaria, cuando es totalmente falso. Si bien las codificaciones no son oficiales, existen compilaciones privadas de muy alta calidad como el *Halsbury's Statutes of England and Wales*, que actualmente se encuentra en su cuarta edición. Dicha compilación organizada sistemáticamente, contiene prácticamente el texto de todas las leyes inglesas vigentes, complementándolas con decisiones de cortes y con “instrumentos estatutarios”, que vienen a ser regulaciones de carácter administrativo que desarrollan el contenido de los *statutes*¹⁹⁸. Actualmente, el *National Archives* de Reino Unido es el centro oficial de publicación de toda la legislación vigente desde 1988. La página de internet, “*legislation.gov.uk*”, es la plataforma donde se exhibe toda la legislación que resulta aplicable a Inglaterra. Es de destacar además, que las versiones originales que son publicadas se encuentran supervisadas y admitidas por el director de *Her Majesty's Stationery Office* (H.M.S.O., actualmente la Oficina de Información del Sector Público)¹⁹⁹.

Como mencioné unos párrafos arriba, el *statutory law* se subdivide en dos fuentes principales: los estatutos promulgados al interior del Parlamento de Inglaterra y los que produce la Comunidad Europea –*legislación comunitaria*-. Adicionalmente, los “instrumentos estatutarios” son comprendidos comúnmente como legislación secundaria. Una breve explicación sobre dicho esquema sigue a continuación²⁰⁰.

1. Legislación principal o *primary legislation*.- Es la legislación que hace referencia a los productos que emanan del Parlamento, *Acts of Parliament*. Esta legislación puede ser de carácter público si es que su objeto son, en potencia, todas las personas, o puede ser privado si afectan a individuos específicos u organizaciones específicas. En este último caso, los actos legislativos generalmente son promovidos por autoridades locales o empresas privadas.

¹⁹⁸ Los *statutory instruments* se regulan por el *Statutory Instruments Act* de 1946.

¹⁹⁹ Para una descripción con mayor detalle sobre la configuración de las fuentes estatutarias y de las publicaciones que las recopilan véase: *English Law. Research Guides* de la J. Michael Goodson Law Library de la Universidad de Duke. En: <http://law.duke.edu/lib/researchguides/english/>

²⁰⁰ En este esquema también sigo, en principio, la clasificación que realiza FALCÓN y TELLA, María José. *Op.cit.* p.pp.40-21.

2. La legislación delegada o secundaria.- Son disposiciones jurídicas que emanan de entidades públicas que conforman la rama ejecutiva o del gobierno. Dentro de esta categoría se encontrarían los instrumentos estatutarios antes mencionados, así como las “orders”, “rules”, “mesures” o “by-laws”, que tienen por objeto desarrollar el contenido de la legislación primaria.
3. Legislación comunitaria.- Se puede dividir en dos grupos. El primero está conformado por los tratados fundacionales de la Comunidad Europea²⁰¹, mientras que el segundo grupo lo conforma la legislación comunitaria secundaria, esto es: reglamentos, recomendaciones u opiniones.

En cuanto a la prevalencia de las fuentes escritas, la legislación comunitaria prevalece sobre el derecho de los Estados miembros, incluido por supuesto, el del Reino Unido. Respecto a la legislación interna, esta resulta aplicable de manera directa, mientras que la legislación secundaria es en principio también aplicable de manera directa, con reserva de las directivas, cuya delimitación formal y de los medios para desarrollarlas se deja al Parlamento o a la Administración. Debe tenerse presente que los actos promulgados por el Parlamento son siempre jerárquicamente superiores a los productos de las autoridades subordinadas. Por último, en materia de derogación por contradicción, se estima que las disposiciones anteriores en el tiempo quedan derogadas por las posteriores²⁰².

Un tema de reflexión habitual y de habitual confusión, es el relativo a la relación entre la jurisprudencia -o *case-law*- y la legislación escrita. No es extraño escuchar afirmaciones que sostienen que, como el *common law* es un derecho básicamente construido a través de la casuística, el *statute law* debe quedar subordinado a esta. Nada más lejano de la realidad. Por el contrario, en Inglaterra el peso que el Parlamento tiene en el sistema jurídico y político es fundamental. Los jueces no escapan a esta percepción y la cultura jurídica es expresión de dicha relación, donde el *case-law* se encuentra supeditado o constreñido por el contenido del *statute law*.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos o el Perú, ninguna corte del Reino Unido puede declarar la invalidez de un *act* del Parlamento. Ello debido a las implicancias de la

²⁰¹ El Tratado de París de 1951, los tratados de Roma de 1957 y sus modificaciones.

²⁰² Para una explicación más detallada véase: FALCÓN y TELLA, María José. *Op.cit.* pp.39-40.

doctrina de la “soberanía parlamentaria” respecto de las competencias jurisdiccionales. No obstante ello, de acuerdo al *Human Rights Act* de 1998, los jueces pueden declarar que un producto legislativo específico del Parlamento es inconstitucional con los derechos y las libertades consagradas por la Convención Europea de los Derechos Humanos. Ello no significa, empero, que la consecuencia jurídica sea la nulidad de dicho acto parlamentario, sino su remisión al Parlamento para que ellos la enmienden²⁰³.

Existe además la firme convicción de que al momento de resolver los casos, los jueces de Inglaterra deben observar tanto las decisiones pasadas como la legislación, a la cual no pueden contradecir. Ello será explicado a través de un caso en el apartado siguiente. Sin embargo, quisiera citar las palabras del Profesor Geldart para graficar la convicción de que existe una diferencia cualitativa sustancial entre un juez y un legislador, aún en el *common law*. Esto tiene que ver con la idea de que aún cuando el juez debe aplicar nuevos sentidos interpretativos que traen como consecuencia la creación de nuevas reglas jurisprudenciales al sistema legal, el espacio en el que estos se mueven no es tan amplio como el de los legisladores. En otras palabras, aún cuando potencialmente pueden crear nuevas soluciones, dado el contexto específico, no gozan de una arbitrariedad para esos fines. En palabras del profesor:

“Ante la ausencia de precedentes claros que puedan resolver una cuestión, encontramos jueces basándose en consideraciones tales como las opiniones de los juristas, en la práctica de los *conveyancers*²⁰⁴, el derecho de otros países modernos, el derecho romano, principios de justicia natural o en políticas públicas. La aplicación apropiada de estos puede ser un tema de disputa y de dificultad, pero en cualquier caso el juez está aplicando un estándar; está demostrando que no es libre, como lo sería un legislador para decidir como se le antoje, él está constreñido a decidir de acuerdo a principio.²⁰⁵”

²⁰³ Judges and parliament. En: www.judiciary.gov.uk

²⁰⁴ Es un abogado especialista en la compra y venta de propiedad.

²⁰⁵ GELDART, William. *Elements of English Law*. Londres: H. Holt and Company, 1911.p. 25 Citado por. CROSS, Rupert y J.W. Harris.*Op.cit.*

Por último, es importante mencionar, aunque de manera breve y esquemática, cuál es la jerarquía de las cortes en Inglaterra, de manera que se pueda apreciar en su real dimensión el seguimiento de la doctrina del *stare decisis*. Así, tenemos la siguiente escala:

- a. La Corte Suprema del Reino Unido.- Es la última instancia de apelación para todos los casos civiles del Reino Unido y respecto de los casos penales para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Además, escucha apelaciones contra puntos cuestionables de derecho de importancia pública general²⁰⁶. Está presidida por los Justices de la Corte Suprema.
- b. La Corte de Apelación –Court of Appeal.- Es la sede jurisdiccional que recibe las apelaciones en materia de derecho civil y en materia penal, esta última en virtud de la “Criminal Appeal Act” de 1966. Se encuentra presidida por el Lord Chief Justice y los jefes de la división y los jueces de apelación de la corte (Head of Division and Court of Appeal Judges).
- c. High Court.- Esta corte se encuentra dividida en tres salas: (i) la Cancillería, (ii) la Magistratura de la Reina; y, (iii) la división de Familia. Todas estas salas resuelven las apelaciones de otras cortes (de las *Crown* y *County Courts*) así como algunos casos como primera instancia. Se encuentra presidida por jueces y jueces suplentes.
- d. Crown Court.- Es la jurisdicción de primera instancia para ofensas procesables (*indictable offences*), así como para las de carácter criminal. Resuelve también apelaciones contra sentencias y condenas dictadas por la Magistrates’ Court. Se encuentra presidida por jueces del circuito, secretarios y el jurado.
- e. County Courts.- Son las cortes que resuelven casos civiles. Se encuentran presididas por jueces del circuito, secretarios, jueces del distrito y por jueces suplentes.
- f. Magistrates’ Court.- Jurisdicción de primera instancia para la mayoría de delitos. También se resuelven algunos casos civiles y de familia. Está presidida por magistrados, jueces de distrito y secretarios.
- g. Tribunales de jurisdicción especial.- El más importante es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual representa la última instancia en materia de apelaciones ante la Corte Suprema respecto de asuntos específicos. Además y en

²⁰⁶ Para una visión detallada de cómo apelar ante la Corte Suprema del Reino Unido revisar el siguiente documento en línea elaborado por la propia Corte: <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-uksc.pdf>

orden de jerarquía, se encuentran los siguientes: (i) Employment Appeal Tribunal, (ii) Employment Tribunal, (iii) Upper Tribunal; y, (iv) First Trier.

2.2.3. El *stare decisis* y el nuevo escenario de la Corte Suprema del Reino Unido

Abordaré brevemente la cuestión relativa al seguimiento del principio de *stare decisis* al interior de la Corte Suprema del Reino Unido debido a que, al ser la corte de mayor jerarquía en el sistema jurídico inglés, a través de su ejercicio puede estudiarse no solo la más alta consideración al referido principio; esto es, qué tan rígida puede entenderse la opción de cambiar el sentido de las sentencias de las instancias inferiores, sino que además puede apreciarse la forma en la que se entiende el *stare decisis* horizontal.

Suele considerarse que el respeto por las decisiones pasadas es más rígido en Inglaterra que en cualquier otro país que pertenezca a la tradición del *common law*. Por supuesto, atar la solución del caso presente al pasado puede traer serios problemas si el caso anterior revela una solución que resulta incompatible con un sentido de justicia o con un nuevo contexto. Tal vez pensando en estos casos difíciles y apremiantes, se promulgó en 1966 la *Practice Statement*, una declaración de la propia Cámara de los Lores en la que se reconoce la facultad a dicha Cámara, de apartarse de sus decisiones pasadas cuando parecía correcto adoptar dicha decisión²⁰⁷.

La introducción de esta declaración causó mucho revuelo, pues hasta ese momento la regla general era la del seguimiento rígido de las cortes inferiores a la jurisprudencia de la Cámara

²⁰⁷ La declaración fue hecha por Lord Gardiner el 26 de julio de 1966 en representación de todos los Lores de Apelación en materia ordinaria. El texto de la declaración es el siguiente:

“Sus señorías consideran el uso del precedente como una base indispensable sobre la cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Esto prevé al menos un grado de certeza sobre el cual los individuos pueden confiar la conducción de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas.

Sus señorías reconocen, sin embargo, que una adherencia muy rígida al precedente puede conducir a la injusticia en caso particular y que puede restringir exageradamente el apropiado desarrollo del derecho. Estos proponen, por lo tanto, modificar la presente práctica y, mientras se trate a las decisiones pasadas de esta Cámara como vinculantes, se aparten de una decisión previa cuando parezca correcto así hacerlo.

A este respecto tendrán en mente el peligro de alterar retrospectivamente las bases sobre las cuales se ha pactado contratos, acuerdos de propiedad y arreglos fiscales y también, deberán tomar en cuenta el especial requerimiento por certeza en el ámbito penal.

El presente anuncio no tiene el objeto de afectar el uso del precedente más allá de en esta Cámara.”

de los Lores y la de esta última a su propia producción judicial. Si bien la primera práctica quedó inalterada y hasta el día de hoy se espera un total respeto de las instancias inferiores respecto de las cortes jerárquicamente superiores, lo mismo no ocurrió respecto del entendimiento que se tenía en función del *stare decisis* horizontal más importante: el de la Cámara de los Lores. Antes de analizar las consecuencias de la declaración quiero rescatar un rasgo fundamental de la cultura jurídica inglesa y la postura que sus operadores jurídicos adoptan sobre el *stare decisis* vertical. En Inglaterra no se ha diseñado una previsión legal que sancione a quienes deciden apartarse de un precedente que proviene de una instancia superior. Aunque en la práctica esto perfectamente puede ocurrir, como señalan Cross y Harris²⁰⁸, en Inglaterra la cultura jurídica, a través de los jueces y sus reacciones, consideran dicho desacatamiento como algo inexplicable y digno de repudio. Lo que puede ocurrir, por supuesto, es que el juez distinga los hechos de su caso de los hechos del caso que se alega como precedente, pero el *distinguishing* que es como se conoce a esta figura que analizaré en el apartado siguiente, no consisten en apartarse del deber de seguir un precedente, sino de reconocer que no se trata del mismo caso que se tiene al frente.

De la declaración puede inferirse, como lo hace Neil Duxbury, que el reconocimiento de la facultad de la Cámara de los Lores de apartarse de una decisión pasada la convierte en parte integrante de la doctrina inglesa del precedente. En sus propias palabras:

“El valor de la doctrina del precedente en el common law (...) no implica simplemente que asegure el respeto por decisiones pasadas sino también que asegure que las malas decisiones no sean repetidas.”²⁰⁹

Merece la pena destacar el hecho de que se reconoce que, al otorgar esta facultad a la Cámara de los Lores, existe la posibilidad de que se alteren las bases que sustentan los contratos y otros acuerdos entre privados. Si bien el texto indica que la Cámara deberá tener esto en especial consideración cuando puedan afectarse retroactivamente dichos actos, no impide que ello ocurra ante la exigencia de alcanzar un resultado justo a través del cambio de

²⁰⁸ CROSS, Ruper y JW. Harris. *Op.Cit.*p. 100 Estos autores señalan, sin embargo, una famosa excepción a la obediencia irrestricta al *stare decisis*. Se trata del caso *Pittails v. Grant*, de 1989 donde se alegó que el objetivo que perseguía el precedente alegado había dejado de existir, sustentándose la máxima *cessante ratiōne cessat ipso lex* (cesando el motivo de la ley, cesa la ley misma). Esto, no obstante, es un caso excepcional en la tradición inglesa.

²⁰⁹ DUXBURY, Neil. *Op.Cit.*.p.14

precedente. De hecho, la tensión que se ha remarcado como la más apremiante es aquella que se exhibe entre la demanda por certeza (o seguridad jurídica) y la demanda por la necesidad de (un) cambio (justo).

James Lee no duda en enfatizar que si bien esta tensión se va a replicar a lo largo de la práctica de la Corte Suprema como una potencial amenaza, hasta el momento ello no se ha materializado, en tanto que la práctica ha demostrado que las veces que este poder de cambiar de precedente se ha utilizado han sido escasas desde que entró en vigencia la declaración²¹⁰. La explicación que escoge James Lee no hace sino reforzar la idea de que la base y los límites del significado que se le atribuye al *stare decisis*, por parte de los operadores jurídicos ingleses, son adjudicaciones de sentido que pueden observarse en la abstención de una actividad –no apartarse del caso pasado- más allá de lo que expresamente señala la declaración; y por lo tanto, ello es expresión de la cultura jurídica inglesa misma. El escoger escasas veces la oportunidad de apartarse de una decisión previa, dice de la Cámara de los Lores mucho más de lo que la declaración misma sostiene de forma expresa. Su interpretación es su práctica y esta práctica responde a una concepción del *stare decisis* rigurosa, producto de varios siglos de construcción institucional.

Con el paso del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores a la nueva Corte Suprema del Reino Unido, se creó el espacio adecuado para replantear la extensión del uso de la facultad de “apartarse de” –*depart from*- los casos pasados, por parte de esta última. Incluso Lord Hope expuso en una conferencia en Edimburgo, en el año 2010, lo siguiente: “la fuerza de cambio más significativa ha sido el que la Corte Suprema fuese liberada de las reglas y convenciones de la Cámara de los Lores y sea libre de desarrollarlas ella misma.”²¹¹ En los posteriores años hubo tres casos importantes que perfilarían la actitud de la Corte Suprema respecto al *stare decisis* horizontal y a la facultad de apartarse de sus propias decisiones pasadas. Tales casos, que son *Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough Southwark*, *Jones v. Kaney* y *Jones v. Kernott*, dan cuenta de la construcción paulatina de una teoría acerca de las condiciones de posibilidad de ese “apartarse de” las decisiones de la House of Lords. El primer caso confirma además, la creencia compartida de respetar las leyes del Parlamento en materia

²¹⁰ LEE, James. *The Doctrine of Precedent and the Supreme Court*. Inner Temple Academic Fellow’s Lecture.p.5.

Documento en línea: http://www.innertemple.org.uk/downloads/education/lectures/lecture_james_lee.pdf

²¹¹ Lord HOPE. *Taking the case to London –maybe it’s not over after all*. En: Edinburgh Centre for Commercial Law, 12 de Marzo del 2010.

casos específicos sobre los que se debe deliberar, lo cual demuestra la renuencia a contradecir estas disposiciones cuando se refieran a los mismos hechos del caso concreto²¹².

2.2.4 El *common law* no necesitó de la doctrina del precedente para desarrollarse

El título del presente acápite sintetiza la idea que debe quedar grabada en el lector. Contrariamente a lo que muchos podamos suponer, el *common law* no tuvo siempre a la doctrina del precedente como motor de desarrollo de sus sistemas legales. Estudiar las causas del surgimiento de esta práctica legal puede decirnos mucho respecto de las ideas que *se dan por sentadas* o que, en otras palabras, ayudan a construir las creencias compartidas que respaldan la operatividad de las reglas procedimentales y sustantivas que configuran el sistema jurídico inglés. La articulación de las creencias compartidas a lo largo de la historia revela parte del complejo engranaje que es la cultura jurídica de una tradición específica. Esta es en el fondo la razón por la que me interesa abordar el análisis histórico del surgimiento de la doctrina del precedente en el mundo anglosajón.

Un primer punto de partida acerca del uso del precedente en el *common law* nos remonta hasta la Edad Media. El profesor Frederic William Maitland ha determinado que hacia el siglo XIII los precedentes podían ser incorporados en el carrete de alegatos (*plea rolls*), como fuente de los alegatos²¹³. Sin embargo, como destaca Neil Duxbury, el rol que “el precedente” jugaba en las cortes de la Edad Media era muy distinto al que cumplen hoy en día. De hecho, lo que se incorporaba en el carrete de alegatos eran las decisiones finales de las cortes, con lo cual, las razones que justificaban el fallo no formaban parte del registro, y como el debate jurídico generalmente precedía al juzgamiento, es imposible de determinar si incluso tales razones habrían existido realmente. Otro rasgo distintivo fundamental de la práctica de la Edad Media era la ambigüedad en el seguimiento de los “precedentes”, por cuanto no era seguro que

²¹² Para más detalles sobre los casos en cuestión revítese: LEE, James. *Íbid.* pp.6-16

²¹³ Los *plea rolls* se inventaron en el siglo XII con el propósito de guardar registro de los procedimientos. Fueron administrados en un primer momentos por los justices y por los secretarios del órgano resolutor (*clerks*). Al respecto: POLLOCK, Frederick y Frederic William MAITLAND. *The History of English Law Before the Time of Edward I*, segundo volumen. Cambridge: Cambridge University Press, 1968.

siempre lo hicieran; de lo cual puede inferirse que no existía la conciencia de “sentirse vinculados” por las decisiones pasadas²¹⁴.

De estos datos pueden sacarse dos conclusiones preliminares. La primera es la confirmación del sentido “autoritativo” que por excelencia va de la mano con la idea del precedente, pues incluso seguir un caso pasado en reiteradas ocasiones puede ser simple coincidencia si quien lo hace no reconoce la autoridad de la decisión pasada. La segunda conclusión preliminar, que luego se justificará con mayor detalle, es una conclusión fundamental de esta investigación. La característica que termina por perfilar el sentido del precedente en el *common law* son las razones que justifican la decisión final, pues son estas razones las que se buscarán reconstruir en el caso en el que se alegan como precedente. Esto abre un abismo insoslayable entre el precedente del *common law* y el precedente constitucional peruano. Aquí hemos elegido seguir la parte resolutive de la sentencia y hemos entregado la facultad al Tribunal Constitucional de determinar el extremo vinculante a su antojo, con lo cual se corta toda posibilidad y necesidad práctica de analizar las razones que fundamentan el fallo vinculante. Esto, como comenté, será desarrollado más adelante en extenso.

Siguiendo con la evolución del *case-law*, otro hito fundamental lo constituye el cambio en el trato que los casos pasados recibieron en el período temprano Tudor. En aquél período brotó nuevamente la práctica del veredicto especial, y progresivamente se hizo más común que los jueces determinaran el derecho a través de decisiones sobre mociones y excepciones luego del juicio. Esto último implicó que las cortes fueran más proclives a tomar las decisiones pasadas como respaldo de un resultado particular²¹⁵. Asimismo, otro factor que impulsó la consideración del *case-law* como una figura autoritativa fue la mayor difusión del uso de las compilaciones de casos que iluminaban algunos puntos resueltos por las cortes²¹⁶.

No obstante, no es posible afirmar que hacia el siglo XVII la práctica del uso del precedente haya representado la introducción de la doctrina rígida del *stare decisis*. Sir Matthew Hale, quien fuera Chief Justice de la King’s Bench entre 1671 y 1676, dejó constancia de que aún

²¹⁴ DUXBURY, Neil. *Op.Cit.*p.32 Duxbury añade que aunque en las cortes de la edad media a veces se trataba al precedente como “evidencia” de lo que derecho podía ser determinado, el juez o el *serjeant* solían remarcar que los precedentes no debían confundirse con el derecho (o lo que el derecho es).

²¹⁵ BAKER, J.H. *Introduction to English Legal History*.pp.198-199. Citado por: DUXBURY, Neil. *Op.cit.*p.33

²¹⁶ BAKER, J.H. *English Law and the Renaissance*. Cambridge: Cambridge Law Journal 44, 1985.pp.46-61.

cuando él sí se dejara influenciar por la doctrina del *stare decisis*, estaba convencido de que lo mismo no podía decirse del resto de jueces y que ello no era, ciertamente, una práctica generalizada en Inglaterra²¹⁷. Esto clarifica mejor el escenario judicial anterior al siglo XVIII, que es la fecha en la que la doctrina empieza a cimentarse hasta lograr la forma que actualmente se le reconoce. Lo que sucedió hasta entonces fue el progresivo uso y práctica de *mirar hacia el pasado* a través de compilaciones sobre casos decididos, a efectos de hallar mejores elementos para resolver el caso presente. Sin embargo, el uso de los casos precedentes no iba de la mano con una actitud (psicológica) interna que reconociese la autoridad de dichos casos pasados.

En la investigación que realizó Duxbury acerca de los hechos que determinaron la adopción de la doctrina moderna del precedente, y que comentaré debido a la poderosa repercusión que adquiere al momento de realizar comparaciones entre tradiciones jurídicas, hay un dato fundamental. De acuerdo a dicho autor, la adopción no obedeció a las virtudes que suelen ser citadas como consecuencia directa del uso del precedente: (i) consistencia en el trato de casos similares, (ii) seguridad jurídica; o, (iii) eficiencia en el proceso de decisión judicial. Duxbury partió en su investigación de la poderosa interrogante acerca de por qué si dichas virtudes eran tan evidentes, y si el *case-law* era la fuente principal del *common law*, se tuvo que esperar hasta el siglo XVIII para ser testigos de la formación del precedente. Antes de analizar su explicación histórica creo oportuno compartir la reflexión que Duxbury hiciera sobre la -hasta entonces- teoría predominante, que aseguraba que el positivismo jurídico jugó un rol casi causal en la consolidación de la doctrina del precedente. Y lo considero oportuno porque al hacerlo, Duxbury denuncia y pone en evidencia la fragilidad de las explicaciones “históricas” en el mundo jurídico, que apelan al hallazgo de correlaciones entre la publicación de cierto contenido teórico y los instrumentos legales posteriores que capturan ciertos datos de dicho contenido.

Un argumento recurrente en el mundo de la academia anglosajona es establecer una conexión entre el surgimiento del *stare decisis* y la posibilidad que otorgó el positivismo jurídico de Austin y de Bentham²¹⁸ de discernir las reglas que emanan de las decisiones de las cortes²¹⁹. Esto

²¹⁷ Neil Duxbury cita los casos de *Hanslap v. Cater* (1673) y *Kirkbright v. Curwin* (1676), donde Sir Matthew Hale señalara dicha postura.

²¹⁸ Resulta enriquecedor, para tener una mejor perspectiva entre ambos autores, tener presente que si bien tanto Bentham como Austin contribuyeron a dejar de lado la teoría declarativa del *case-law*; esto es, aquella que

habría posibilitado que los abogados y los jueces sepan qué buscar en los casos, dejando de lado el análisis que se restringía a las formas de las acciones²²⁰. Lobban es más explícito y apunta al efecto que pudo ocasionar la publicación de las *Lectures* de Austin en la rama del Derecho de Contratos. Lo primero que aclara Duxbury es que los principales tratadistas en materia contractual, Pollock y Anson, tuvieron como referencia filosófico-jurídica a Savigny y a Pothier en lugar de Austin²²¹. Sin embargo, su principal crítica está referida a que es casi imposible determinar la influencia de las ideas de Austin –o de Bentham- en los jueces, debido a que no hay registros históricos que sustenten esta afirmación.

En el caso de Jeremy Bentham, si bien su posición acerca del positivismo jurídico, condensada en su obra *Of Laws in General*, fue publicada en 1782, los detalles más importantes no vieron la luz hasta 1945²²². Es cierto de un lado, que sus propuestas sobre la reforma de las cortes fueron tomadas por Henry Brougham en la década de 1820, y que su exigencia de compilar los casos decididos por las cortes contribuyó a dar origen al sistema de los *Law Reports*. Sin embargo, Duxbury aclara que la posibilidad de que los jueces del siglo XIX hayan conocido los alcances teóricos de su obra es remota. Lo mismo ocurre con Austin, cuyas referencias tampoco son posibles de rastrear en las sentencias de los jueces de dicha época. Como dato adicional y contundente, cita el contenido de una carta escrita por la esposa de Austin, el cual revela su satisfacción por el interés que el reciente libro *The Province of Jurisprudence Determined* ha despertado entre algunos jóvenes abogados, “hombres entre los cuales era desconocido hasta que publicase la segunda edición”²²³. Estos hechos y la ausencia de aquellos que confirmen la recepción e influencia de la teoría positivista de Bentham y Austin en

sostenía que los jueces solo se limitaban a declarar lo que ya era derecho establecido por el ordenamiento jurídico, los dos autores tenían profundas diferencias teóricas. Bentham era más escéptico de las bondades del derecho de los jueces, mientras que Austin, a pesar de reconocer abiertamente que la ley (*statute*) era una mejor herramienta para determinar el derecho, reconocía que el producto judicial podía ser bueno, sobre todo si provenía de un espacio donde se permitiera la deliberación. AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. p.664. Citado por: DUXBURY, Neil. *Op.cit.* p.39

²¹⁹ LOBBAN, Michael. *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*. Oxford: Clarendon Press, 1991.p. 288. Citado por: DUXBURY, Neil. *Ibid.* p. 37

²²⁰ LOBBAN, Michael. *Ibid.* p.258

²²¹ Véase al respecto: ATIYAH, P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

²²² Este libro fue descubierto junto a otros ensayos de Bentham en 1945 por el Profesor Charles Everett de la Universidad de Columbia.

²²³ Carta de la señora Austin al señor Guizot, del 2 de Marzo de 1863. En: ROSS, Janet. *Three Generations of Englishwomen: Memoirs and Correspondence of Mrs John Taylor, Mrs Sarah Austin and Lady Duff Gordon*. Londres: Murray, 1888. Segundo Volumen.p. 138. Citado por DUXBURY, Neil. *Op.Cit.* p.44.

el quehacer jurisdiccional, confirman la tesis según la cual el positivismo es insuficiente para explicar el ascenso de la doctrina del precedente.

Si ha de buscarse un antecedente teórico y no la causa histórica que finalmente contribuyó al surgimiento del precedente como lo conocemos actualmente, Duxbury ve mayor afinidad en el planteamiento postivista de Hobbes. Para este último, el juez recibía órdenes del soberano y ejercía sus funciones como autoridad delegada, encontrándose compelido a aplicar la “razón natural” al caso concreto, de manera que resulte compatible con la forma en la que el soberano hubiese fallado²²⁴. El rasgo distintivo de la teoría hobbesiana, que el tiempo supo rescatar en la práctica, es la centralidad otorgada no a la orden o a la decisión final adoptada por un juez en un caso pasado, sino la atención puesta en el razonamiento que el soberano hubiese empleado de haber tenido que resolverlo. Es así que la atención se deposita ya no sobre las reglas, sino sobre las razones que informan la decisión final. Hobbes estableció la relación entre el precedente y la razón.

Según esta propuesta o enfoque hobbesiano, la pregunta central acerca de por qué debemos atenernos a lo resuelto por un caso pasado adquiere una nueva justificación. No se trataría de seguir un caso pasado por ser el mandato de una autoridad delegada, sino porque las razones que esta autoridad expone se ajustan a las razones que sustentan el orden jurídico; que en el caso de Hobbes es el soberano. Más allá de esta última y central acotación, la idea de Hobbes –anterior a Bentham y a Austin- cambia profundamente el panorama porque traslada el punto de atención de la autoridad pura, a las razones que sustentan el ordenamiento. Gerald J. Postema, comentando a Edward Coke y a Hale, ilustra este paso cualitativo en el Derecho inglés:

“En el lenguaje del *common law* del siglo XVII, que un fallo sea “contrario a la razón” (o a menudo “inconveniente”), implicaba que fuese inconsistente con el derecho como un todo, que no pudiera encajar coherentemente en el *common law*. Comprender el derecho como racional (*summa ratio*, como le gustaba decir a Coke), no consistía en considerarlo como derivado de principios universales primeros, sino por el contrario, en enfocarlo bajo la premisa de que existe como un todo coherente. “Racional” significa “racionalmente

²²⁴ En sus palabras “Por cuanto, en el acto de la judicatura, el juez no hace más que considerar, si el demandado o la parte resulta en consonancia con la razón natural y con la equity; y la sentencia que dé, es por lo tanto interpretación de la ley natural.” HOBBS, Thomas. *Leviathan*. II.25.4. Citado por: DUXBURY, Neil. Op.cit.p.47.

coherente". La "razón" y "certeza" del derecho, sostenía Hale, depende de que los jueces mantengan la consistencia y constancia del derecho respecto de sí mismo.²²⁵

Como precisa Duxbury, ello no significa sin embargo, que dichas ideas hayan implicado que casos similares reciban igual trato por parte de los jueces. La exigencia que se deriva de tales ideas está dirigida a que la decisión judicial sea consistente con el Derecho como un todo, no con decisiones pasadas. Es cierto, además, que para Coke y para Hale la razón no era la misma que la razón natural hobbesiana. Para estos la razón era la razón artificial cultivada, que proviene del estudio y la experiencia del Derecho en un largo período de tiempo²²⁶. De manera específica, Hale sostenía que aunque las decisiones individuales no poseyeran autoridad de derecho, estas tenían un peso y autoridad importante en explicar, declarar y publicar lo que es el Derecho del reino²²⁷. En síntesis, se puede concluir que en el siglo XVII los precedentes no eran considerados autoridades legales, aunque sí eran muy importantes para los abogados y para los jueces, quienes lo consideraban como ejemplificaciones del adecuado razonamiento legal. Incluso se admitía que estos no necesariamente arrojaban siempre la regla correcta y se mantenían en concordancia con la razón, pero que tenían la capacidad de servir a esa función²²⁸.

La pregunta que Duxbury se plantea con astucia, luego de constatar los vestigios que la teoría hobbesiana dejó en jueces y juristas ingleses en el siglo XVII, es en qué momento y en respuesta a qué hechos fue posible que las razones comenzaran a dotar de vinculatoriedad a los precedentes. La respuesta tiene que ver con los cambios en el diseño de los procedimientos en las cortes, alrededor de los siglos XVIII y XIX, antes que con la compatibilidad entre las teorías positivistas y la estructura del precedente.

El cambio en el diseño procesal respecto al momento en el que se presentaban los alegatos de las partes y el momento en el que se resolvía el caso, es el punto que explica el desarrollo de la

²²⁵ POSTEMA, Gerald J. *Classical Common Law Jurisprudence*. Parte I, 2003. Oxford University Commonwealth Law Journal.p. 178

²²⁶ Sobre Sir Edward Coke véase: *Twelfth Reports, Prohibitions del Roy*, 1607, 12. Co.Rep.63 y para Hale: HALE. *Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Law*. En: HOLDSWORTH. *A History of English Law*, V. Citado por: DUXBURY, Neil. Op.cit.p.49

²²⁷ MATTHEW, Hale Sir. *The History of the Common Law of England*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

²²⁸ Esto lo afirmó Thomas Hedley en un discurso dirigido a la Cámara de los Comunes, el 28 de junio de 1610. En: *Proceedings in Parliament 1610*. Vol II: House of Commons, edición de E.R. Foster. New Haven: Yale University Press, 1966.

doctrina del precedente tal como la conocemos. En la Edad Media el sistema formulario que requería que los alegatos precedieran al juicio y fueran conducidos al interior de un esquema delimitado por los *writs* (acciones procesales específicas), había jugado en contra de la deliberación judicial y el reporte de opiniones razonadas. Ya a comienzos del siglo XVI los abogados acostumbraban a interponer sus alegatos en etapas avanzadas del proceso. Al interior de este, las controversias eran decididas dejando que aquellos alegatos se resuelvan luego de pronunciado el veredicto. Sin embargo, el cambio que se produjo hacia los “argumentos post-veredicto”, hizo posible que los jueces se convirtiesen en *decision-makers*²²⁹. Esta expectativa por la justificación no siempre era colmada por los jueces de comienzos del siglo XVII, quienes a veces se rehusaban a dar razones²³⁰.

El cambio hacia los argumentos post-veredicto no terminó por consolidar el *stare decisis* como lo conocemos, el cual se consolidaría en el siglo XIX, entre otras cosas, debido el sistema de reportes de los casos y de las decisiones tomadas al interior de estos pasó por una serie de cambios graduales. A inicios del siglo XVI los *Year Books* fueron materiales que repotenciaron significativamente el trabajo de los abogados, quienes comenzaron a prestar más atención a los casos individuales como fuente de derecho. Sin embargo, como precisa Ibbetson, en aquellos años los *Year Books* recogían los intercambios orales que se daban al interior de los juicios entre los jueces y los secretarios, de los cuales era muy difícil poder extraer decisiones²³¹; su uso estaba dirigido principalmente a formar a los abogados que recién se iniciaban en la práctica procesal.

El primer cambio sustancial en la calidad y estructura de los reportes judiciales tuvo lugar hacia mediados del siglo XVIII, cuando Lord Mansfield, quien fuera Lord Chief of Justice, no sólo rechazó admitir reportes –no importando lo prestigioso que fuera su autor– incompletos o imprecisos, sino que incorporó a reporteros judiciales de primer nivel a la *King’s Bench*²³². Hacia fines del siglo XVIII los reportes judiciales (*law reports*) producidos por reporteros profesionales habían sido encargados a las cuatro cortes superiores del reino. En 1865 el

²²⁹ Véase: IBBETSON. *Case Law and Judicial Precedents*.p. 66. Citado por: DUXBURY, Neil. *Op.Cit.*p.52

²³⁰ BAKER. *Law’s two Bodies*. Citado por DUXBURY, Neil.*Op.cit.*p.52

²³¹ IBBETSON. *Op.cit.*p.66

²³² Sobre la opinión de Mansfield acerca de los reportes de mala calidad, véase: OLDHAM, James. *English Common Law in the Age of Mansfield*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2004.pp.30-31.

Council of Law Reporting fue establecido y se comenzaron a distribuir los primeros números de los *Law Reports*.

La calidad de los reportes mejoró sustancialmente en el siglo XIX no solo debido a que dicha labor se llegó a profesionalizar, sino porque se introdujo el sistema de taquigrafía Pitman —en la década de 1830-, lo que hizo posible que los reportes reprodujeran las opiniones judiciales “casi oralmente”. Hacia la mitad del siglo XIX los reportes se había profesionalizado de tal manera que los reporteros acostumbraron a enviar a los jueces copias de sus fallos orales para su aprobación y corrección²³³.

De acuerdo a Duxbury, el hecho de que los reporteros replicasen las mismas palabras empleadas por los jueces es un factor decisivo en la formación del *stare decisis*, pues una vez que se presentaban ante la corte las razones que el mismo juez había esgrimido en un caso semejante, resultaba muy difícil decidir apartándose de una evidencia tan concluyente²³⁴.

La introducción del sistema jerárquico de cortes de apelación a través de la *Judicature Act de 1873-75* fue otro factor que terminó por consolidar el sistema de precedentes. A partir de aquel entonces los jueces que recurrían a casos análogos buscando una guía para resolver sus casos pudieron restringir su atención a los precedentes con mayor estatus.

En conclusión, la doctrina del *stare decisis* se consolidó, principalmente, gracias al cambio en la estructura del proceso que hizo posible el surgimiento de los argumentos post-veredicto y con ello el desplazamiento de la atención hacia los fallos razonados. Esto último adquirió un nivel de especialización sin precedentes gracias a la precisión que los reporteros lograron mediante el uso del sistema de taquigrafía Pitman. Estos cambios hicieron posible que las ideas esbozadas por juristas como Hobbes respecto de la importancia de la razón, que calaron en otros juristas y algunos jueces antes del siglo XVIII, llegaran a imprimirse en la práctica del *case-law* en el siglo XIX; a tal punto, que el legado de la cultura del *common law* respecto al precedente es inseparable de la idea de seguir las razones que fundamentan el fallo y no las reglas en sí.

²³³ Véase al respecto: POLLOCK, Frederic Sir. *Essays in the Law*. Londres: Macmillan, 1922. De acuerdo a Duxbury, en 1662 se promulgó una ley requiriendo que para que se imprimieran los reportes de los casos, estos debían contar con el consentimiento del Lord Chancellor, Lord Keeper of the Seal, Lord Chief Justice o el Lord Chief baron. DUXBURY, Neil.Op.cit.p.56

²³⁴ DEVLIN, Patrick. *The Judge*. Oxford: Oxford University Press, 1981.

2.3. El caso de Estados Unidos: el reconocimiento progresivo de la fuerza vinculante

En el presente apartado el objetivo se centra en explicar el período de formación de la doctrina del *stare decisis*, el cual abarca los años 1800-1850. La idea que descansa sobre este objetivo es la misma que orientó el estudio del precedente en Inglaterra: la convicción de que los rasgos culturales jurídicos de la tradición del *common law* pueden manifestarse en momentos de ruptura, cuando emerge no solo una nueva institución, sino cuando se termina por perfilar una forma de entender el Derecho, un conjunto de creencias compartidas.

Comprender las particularidades de estas creencias compartidas demanda inevitablemente que el lector las asocie con las instituciones, los procesos y en general con la idea de Derecho que se ha formado a través de experiencias personales. Encontrar estas particularidades, aunque siempre dependa de la posición subjetiva de quien a ellas se aproxima, no tiene por qué hundirse en un relativismo. Existen puntos de apoyo objetivos que pueden guiarnos de manera segura en la aprehensión de las características distintivas del *stare decisis* y de la formación de la doctrina del precedente en Estados Unidos. Tales puntos de apoyo hacen referencia a las características más importantes del sistema legal norteamericano que expondré a continuación de manera sucinta.

2.3.1 Principios básicos y conceptos mínimos del *case-law* norteamericano

Aunque pudiera parecer extraño, existe cierto consenso en la academia norteamericana respecto a la ausencia de consenso teórico entre los operadores jurídicos en torno a *qué es el precedente*. De esta forma, la idea del precedente es asumida como una práctica antes que como un conjunto de reglas estrechamente delimitadas. A ello responde el hecho de que la doctrina del precedente se forjó a lo largo de varios años y no “cayó” promulgada por una norma, como resulta en el caso peruano. Ya en los años inmediatamente anteriores a la independencia norteamericana se tenía la convicción de que los derechos humanos fundamentales, así como el precedente judicial, representaban la columna vertebral de la tradición del *common law*²³⁵.

²³⁵ STONER, James Jr. R. *Common-Law Liberty: Rethinking American Constitutionality*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003.p. 90.

El rasgo central que puede sintetizar la posición de los operadores jurídicos norteamericanos respecto al precedente es la de observarlo como un dispositivo procedimental que funciona a través del reconocimiento de que decisiones judiciales pasadas adquieren la fuerza de Derecho y que por lo tanto, deben ser respetadas y seguidas. De acuerdo a Mortimer N.S. Sellers, la esencia del sistema norteamericano de precedentes reside en la gran autoridad y en el diseño jerarquizado de las cortes. Se ha internalizado la idea según la cual, las costumbres del *common law*, la Constitución Federal y las constituciones estatales, así como los estatutos o leyes, establecen principios o reglas generales que luego son concretizadas por las cortes a través de los casos que resuelven²³⁶. Una característica esencial del trabajo que realizan las cortes está relacionado con la manera en la que se aproximan al caso concreto: estudian de manera detallada los hechos con el propósito de encontrar analogías entre casos similares. Este dato cultural es fundamental para entender cómo nuestro diseño del precedente constitucional hace muy difícil –sino imposible– desarrollar ese mecanismo de aproximación a los casos.

Para comprender mejor la función que cumple el precedente y la doctrina del *stare decisis* es preciso tomar en cuenta las dos funciones principales que cumplen las cortes en el ordenamiento norteamericano. De conformidad con el artículo III de la Constitución Federal de los Estados Unidos, los tribunales federales se avocan a la resolución de casos concretos al interior de un procedimiento conocido como *adversary trial* o proceso contradictorio. Esto puede explicar el origen de la vocación de los jueces por escrudiñar los hechos específicos de los casos, pues todo el proceso está dirigido a la elucidación de los hechos que forman la materia controvertida, evitando las elucubraciones abstractas²³⁷.

La segunda función es la de dictar pautas o reglas jurídicas a la sociedad. Como advierte Mortimer Sellers, lo resuelto por las cortes debe ser seguido y respetado no solo por las demás cortes, sino que se espera que lo propio lo hagan los abogados, el público y el gobierno²³⁸. De esta forma, el producto del trabajo de los jueces tiene doble vocación: de un lado debe mirar hacia el pasado para tomar en cuenta las reglas que los otros jueces sentar en los casos

²³⁶ SELLERS, Mortimer N.S. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. The American Journal of Comparative Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law, 2006.p.68

²³⁷ DORF, Michael C. *Dicta and Article III*. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, 1994.

²³⁸ SELLERS, Mortimer N.S. *Op.cit.*

precedentes, mientras que al ejercer la función jurisdiccional en el caso que los convoca, estarán sentando ellos mismos las bases para futuras soluciones de disputas²³⁹.

Dicha práctica judicial del *stare decisis* se despliega sobre un terreno que cuenta con dos variables importantes que explican adecuadamente su impacto. De un lado, los jueces establecen precedentes pronunciándose sobre tres materias distintas: (i) las costumbres del *common law*, (ii) los estatutos o las leyes, y, (iii) la Constitución Federal o las constituciones de los distintos estados²⁴⁰. De otro lado, dicha práctica se inserta dentro del sistema judicial norteamericano de jerarquía, el cual es muy complejo, pues no solo debe tomarse en consideración el sistema federal, sino los demás sistemas de los distintos estados. Dado que mi intención es analizar el precedente constitucional, me avocaré al sistema federal de cortes y a los precedentes cuyo objeto es la Constitución Federal. Tomando en cuenta ello, desarrollaré brevemente la descripción de la organización de los tribunales federales y las vinculaciones verticales y horizontales del precedente.

2.3.2. Estructura del sistema judicial federal norteamericano

El sistema de justicia federal de los Estados Unidos presenta una de las características que es considerada como una condición necesaria para el desarrollo del precedente: la jerarquización. De acuerdo con el *United States Code*, cuyo título 28 regula el sistema de cortes federal, en la base de dicho sistema se encuentran los tribunales de primera instancia, conocidos como *Federal District Courts*, inmediatamente arriba de estos se encuentran los Tribunales Federales de Apelación, *United States Court of Appeals*, mientras que en la cúspide se encuentra la Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States Supreme Court*. En forma paralela a la rama judicial existen otros tribunales como: (i) las cortes militares –*Military Courts*– de primera instancia y de apelación, (ii) la Corte de Apelaciones de Veteranos o *Court of Veterans*

²³⁹ Eisenberg ha sostenido sobre ambas funciones y su proyección en la sociedad lo siguiente: “(...) mientras que la función de resolver disputas va dirigida hacia las partes y hacia el pasado, la función de proveer reglas se dirige hacia la sociedad y hacia el futuro.” EISENBERG. *The nature of the Common Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988.p. 7.

²⁴⁰ Para un detallado análisis del desarrollo de los precedentes en el ámbito constitucional, de costumbres del common law y de los statutes, véase el artículo antes citado de Sellers.

Appeals, (iii) la Corte Estadounidense de Impuestos –*United States Tax Court*– ; y, (iv) las agencias y consejos administrativos federales –*Federal administrative agencies and boards*²⁴¹. Los *District Courts* son cortes de primera instancia del sistema federal cuya actuación se encuentra regulada por la Constitución y por las leyes que dicta el Congreso. Estas cortes tienen competencia para resolver casos en primera instancia de prácticamente cualquier materia, incluyendo asuntos civiles como penales. Existen 94 distritos judiciales federales, de manera que al menos cada estado tiene un distrito judicial -aunque con alta densidad poblacional han sido divididos en varios distritos-, incluyendo a Columbia y a Puerto Rico.

La mayoría de casos que se resuelven en los *District Courts* se hacen a través de la decisión de un solo juez, y muchos de los casos requieren de la participación de un jurado, para lo cual cientos de personas son seleccionadas todos los días en los Estados Unidos. Existe una excepción a la regla de la decisión del caso a través de un único juez, que es conocida como la *Three-Judge District Court*, que son casos *ad-hoc*, luego de lo cual la sala que resuelve se desactiva²⁴².

De otro lado, los 94 distritos judiciales se encuentran organizados en 12 circuitos regionales, cada uno de los cuales posee una Corte de Apelaciones, las cuales conforman las *Courts of Appeals*. Estas cortes resuelven apelaciones de las cortes distritales localizadas en su circuito, así como apelaciones de las decisiones de las agencias administrativas federales. Se considera que las cortes de apelaciones son las que ejercen mayor influencia en el sistema de justicia norteamericano. Ello se debe al hecho de que su jurisprudencia es vinculante para el resto de cortes distritales que se encuentran bajo su circuito y debido al hecho de que la Corte Suprema de los Estados Unidos elige alrededor de 100 de los 10,000 casos que son apelados anualmente en el sistema judicial federal, razón por la cual, las cortes de apelaciones terminan siendo la última instancia en la mayoría de estos. Actualmente hay 179 jueces en las distintas cortes de apelaciones, los cuales son nominados por el Presidente y son confirmados por el Senado de los Estados Unidos. Es de destacar que dichos jueces ejercen su cargo de por vida y que actualmente existen 13 Tribunales Federales de Apelación que son el producto de la

²⁴¹ Una descripción más detallada de las funciones y la estructura de las ramas judicial como de la no judicial de los tribunales federales puede hallarse en la página de la United States Courts: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/FederalCourtsStructure.aspx>

²⁴² Sobre mayor detalle al respecto véase: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGrawHill, 2001.p.35

división de los Estados Unidos en doce circuitos y un décimo tercero que corresponde al denominado circuito federal ²⁴³.

Los doce primeros tribunales que conforman los circuitos regionales agrupan a una cantidad específica de entidades federativas y por ende cortes de los distritos que se encuentran en su interior. La idea es que, en principio, cada tribunal de apelación resuelve las apelaciones contra las decisiones de todas las cortes distritales que se encuentran en su circunscripción. Respecto al Tribunal de Apelación del Circuito Federal, este resuelve todas las apelaciones de las cortes distritales en materia de patentes y de marcas y aquellos casos donde se reclama alguna indemnización al Gobierno Federal de los Estados Unidos.

De acuerdo con el inciso “a” de la Sección 44 del título 28 del United States Code, cada tribunal del circuito federal posee entre 6 y 28 jueces en promedio. A diferencia de las cortes de primera instancia, estos tribunales resuelven en salas cuya composición cambia cada mes, con lo cual, de acuerdo a Magaloni, se buscaría evitar diferencias en el modo de resolución o de cómo se comportan las salas ²⁴⁴.

En la cúspide del sistema federal de justicia norteamericano encontramos a la Corte Suprema de Justicia. Dicha corte es competente para analizar algunos casos específicos en primera instancia y otros como última sede de apelación, en cuyo caso se erige como máximo productor de jurisprudencia vinculante. Los asuntos en los que la corte participa como primera instancia son cuantitativamente casi irrelevantes ²⁴⁵, por lo que los casos más importantes suelen llegar a través de los asuntos que resuelve en apelación.

²⁴³ Al respecto véanse los datos consignados por la Universidad de Princeton en el siguiente documento en línea: http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/United_States_court_of_appeals.html

²⁴⁴ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *Op.cit.*

²⁴⁵ De acuerdo con la sección 1251 del Título 28 del *United States Code*, la Corte Suprema tiene competencia exclusiva en dos supuestos: (i) en el caso de disputas entre dos o más Estados; y, (ii) en caso de acciones legales presentadas en contra de embajadores u otro representante de otro país. Además, posee competencia concurrente en tres supuestos: (i) cuando los embajadores o representantes de otros países presenten una demanda –en cuyo caso los jueces de las cortes distritales también resultan competentes–, (ii) en las disputas entre el gobierno de los Estados Unidos y uno de los estados; y, (iii) en los casos en los que un Estado demanda a un ciudadano de otro Estado o a un extranjero. En los dos últimos casos, de acuerdo a la XI Enmienda Constitucional, la autorización de la entidad federativa respectiva es requisito para llevar a tales casos ante la Corte Suprema. Información proporcionada por: MAGALONI KERPEL, Ana Lucía. *Op.cit.* p.36

Debido a que, potencialmente, la Corte Suprema es capaz de revisar los casos que provienen de sentencias de setenta y cuatro tribunales de apelación (las provenientes de los trece Tribunales Federales de Apelación, del Tribunal Militar de Apelación y las provenientes de los cincuenta Tribunales Supremos de los estados en los que se aborden materias de Derecho Federal), su actuación queda aligerada por el procedimiento conocido como *writ of certiorari*. Gracias a este procedimiento, la Corte Suprema puede seleccionar discrecionalmente qué casos admite a trámite para ser resueltos²⁴⁶.

La Corte Suprema de los Estados Unidos se encuentra conformada por el *Chief Justice* y ocho *justices* asociados²⁴⁷. También en este caso, el Presidente de Estados Unidos nombra a los *justices*, siendo el Senado el encargado de ratificarlos. Además, el período de su actividad en el cargo es vitalicio. Los casos que emanan efectos vinculantes y que por lo tanto despliegan los efectos del *stare decisis*, son los casos que se resuelven en el Pleno. El grado y la dirección en la que son desplegados los efectos vinculantes de estas sentencias y la de los otros tribunales y cortes es algo desarrollaré brevemente en el siguiente punto.

2.3.3. La vinculación vertical y horizontal del precedente

Si bien el desarrollo académico de la doctrina del *stare decisis* en Inglaterra como en Estados Unidos no habla propiamente de un *stare decisis* vertical y otro horizontal, ello no impide adoptar dichas denominaciones para hablar de las dos clases de efectos que la doctrina imprime en la actuación judicial. La primera de ellas hace referencia al seguimiento con carácter obligatorio que prestan las cortes inferiores respecto de la jurisprudencia de los tribunales superiores, mientras que el efecto horizontal del *stare decisis* hace referencia al seguimiento con carácter obligatorio que las cortes o tribunales siguen respecto de su propia jurisprudencia.

²⁴⁶ Existe la posibilidad de que algunos casos lleguen de manera “obligatoria” ante la Corte Suprema de Justicia, estos son los casos que provienen de la “apelación como derecho”, denominada *writ of appeal*. En 1988 el Congreso dictaminó una ley que concedía este derecho solo a las sentencias emanadas del *Three-Judge District Court*.

²⁴⁷ El número actual de *justices* está fijado por el numeral 1 del título 28 del United States Code. El *Chief Justice* actual es John G. Roberts Jr., y los ocho *justices* son los siguientes: Antonin Scalia, Anthony M. Kennedy, Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg, Stephen G. Breyer, Samuel A. Alito Jr, y Sonia Sotomayor.

Tomando en cuenta el sistema jeraquizado de cortes de justicia federal que se exhibió en el apartado siguiente, el principio del *stare decisis* vertical teje una cadena de vinculatoriedad jurisprudencial que presenta la siguiente característica que es detallada por Ana Laura Magaloni en su notable libro “El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano”:

- “a) Los jueces de primera instancia, sea un Tribunal Federal de Distrito, alguno de los tribunales federales especiales o de los denominados tribunales legislativos, están vinculados jerárquicamente a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo – Corte Suprema- y por el Tribunal de Apelación con jurisdicción para revisar sus sentencias.
- b) Los Tribunales de Apelación sólo están vinculados a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo –Corte Suprema-; el resto de los precedentes de los tribunales federales, sin importar cuál sea su rango, sólo tienen fuerza persuasiva.²⁴⁸”

Magaloni enfatiza que para graficar de mejor manera las diversas líneas jurisprudenciales que se van generando al interior del sistema judicial federal, resulta muy útil tomar en cuenta los trece circuitos formados por las Cortes de Apelaciones. Al interior de estos circuitos se encuentran las diferentes cortes distritales de primera instancia, las cuales deben respetar de manera obligatoria el sentido de las sentencias que emite su Corte de Apelación correspondiente.

De ello se sigue que cada Corte de Apelación de cada circuito dicta jurisprudencia obligatoria al interior de su jurisdicción, pudiendo jueces de otras jurisdicciones fundar sus decisiones en las de aquella corte si se persuaden de ello; pues en principio, no se encuentran atados a sus decisiones. Es por esta razón que la propia Magaloni recoge y expone que, “la demarcación territorial del circuito viene a determinar, de acuerdo con nuestras categorías jurídicas, el ámbito de validez espacial de los precedentes de cada subsistema.²⁴⁹” Aquí comete doble error. El primero es tratar de analizar bajo la categoría de “validez” una práctica jurídica que toma en cuenta el seguimiento de un producto jurisprudencial en base a la autoridad de la que emana y a las razones que brinda. La segunda es que al hacerlo yerra de manera exponencial pues en todo caso, al confirmar ella misma la posibilidad de que jueces de otras jurisdicciones

²⁴⁸ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *Ibid.* pp.38-39.

²⁴⁹ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *Ibid.* p.39

usen como argumentos las decisiones de la Corte de Apelación de otro circuito al que no pertenecen, están asumiendo que el material que traen a su caso debe ser necesariamente válido. Lo que no es vinculante, en todo caso, poco tiene que ver con la validez, sino con el grado de eficacia que dicha decisión -que se recoge de otro circuito- tiene. Y no se trata de una eficacia de bajo nivel, se trata de una eficacia distinta pues aquí la eficacia debe ser entendida como obligatoria o persuasiva, y en definitiva, existe consenso respecto a que la sentencia de una Corte de Apelación de otro circuito, puede ser recogida como elemento persuasivo que coadyuva a la toma de decisión a través de razones justificantes.

Otro dato fundamental es el hecho de que dicha Corte de Apelación puede revocar las reglas o razones que fundamentaron las sentencias de las cortes inferiores. Este mismo efecto es el que dejan las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de todas las demás sentencias de las cortes que integran el sistema de justicia federal. Esta es la consecuencia “natural” del hecho de que la Corte Suprema se ubique en la cúspide de la estructura jerarquizada del sistema de justicia federal.

Dado que las sentencias de las cortes de primera instancia pueden ser revocadas por las instancias superiores de apelación, puede afirmarse sin temor a caer en la equivocación, que aquellas no establecen reglas vinculantes o, lo que es lo mismo, no establecen precedentes. Esto no solo se cumple en el plano del efecto vertical del *stare decisis*, sino que además supone la no-vinculoriedad de su jurisprudencia respecto de los demás jueces de primera instancia²⁵⁰.

Algunos autores como Carrington, Meador y Rosenberg sostienen que las cortes de apelación son esenciales para lograr uniformidad en la jurisprudencia, al extremo que sin estas sería imposible el desarrollo de un sistema ordenado de casos y se atentaría contra la predictibilidad²⁵¹. El punto es muy sólido: si solo existieran jueces de primera instancia que atendieran la vasta cantidad de demandas que se producen al interior de una sociedad, la cantidad de criterios y de principios jurisprudenciales que se establecieran serían inmanejables

²⁵⁰ De acuerdo con C. Wyzanski esto no impide que los jueces de primera instancia puedan verse persuadidos por las sentencias de otros jueces de primera instancia al momento de resolver sus casos. Si lo hacen es en consideración del sentido de equidad y si deciden no seguir lo resuelto por otros jueces se debe a que llegan a la conclusión de que no es una “reflexión madura”. En: WYZANSKI, C. *A Trial Judge's Freedom and Responsibility*. Harvard Law Review, vol. 65, 1952.p. 1299. Citado por: MAGALONI KERPEL, Ana Laura.*Op.cit.*p.40

²⁵¹ CARRINGTON, MEADOR y ROSENBERG. *Justice on Appeals*. St. Paul Minnesota: West Publishing Company, 1976.

por futuros jueces de igual jerarquía. El diseño vertical del sistema de justicia federal cumple por lo tanto, una función esencial en el contexto de la eficacia del sistema de precedentes: hace posible la determinación de algunos principios generales extraídos de la pluralidad de casos resueltos, los cuales además resultan fácilmente identificables por todos los jueces.

Por su parte, la vinculación horizontal del precedente implica la auto-restricción que la función jurisdiccional recibe en base a la propia actuación del juez. El *stare decisis* persigue a los jueces y a los tribunales que expiden sentencias vinculantes, haciendo que aquellos no puedan apartarse de lo que en ocasiones pasadas decidieron. Las consecuencias de este alcance pueden apreciarse a través de dos enfoques. Desde un punto de vista “estructural”, el precedente establece una relación particular entre el presente y el futuro. La resolución de las controversias jurídicas actuales va a condicionar la resolución de futuras controversias similares. Al permitir esto, o mejor dicho, al exigir que este modo de operación sea respetado siempre, se asume necesariamente que las razones que justificaron las reglas emanadas de un caso concreto exceden la posible arbitrariedad que puede asomar en cualquier adjudicación de derechos. Se asume por lo tanto, que estas razones y estas reglas son válidas en sí; o dicho de otro modo, que son derecho vigente y que por lo tanto, resultan aplicables exigibles a futuros casos. Ello no podría ser de otro modo, pues resultaría una profunda contradicción que un sistema jurídico exiga la aplicación de reglas y razones pasadas a casos futuros, si cree que dichas reglas o principios *podrían* no ser las correctas, o *podrían* no ser válidas. Ciertamente, los resultados que arroja este análisis estructural también resultan aplicables al *stare decisis* vertical.

Desde un punto de vista psicológico (o “interno”) y consecuencialista, el *stare decisis* horizontal tendería a causar una actitud más cautelosa en los jueces al momento de resolver. Al ser “esclavos” de sus propias palabras y, por lo tanto, de sus propias reglas y soluciones, los jueces tenderán a ser más cautos con lo que dictan. Esto podría explicar un rasgo central de la práctica judicial norteamericana y en general, del *common law*: el tratamiento cuidadoso y selectivo de los hechos que configuran el caso y los puntos controvertidos. Al delimitar cuidadosamente qué hechos convierten en particular el caso que resuelven, los jueces no correrán el riesgo de verse constreñidos por reglas generales y difusas. El hecho de que el precedente peruano haya adoptado también esta figura (la eficacia horizontal del precedente) y que sin embargo, el Tribunal Constitucional no delimite cuidadosamente los hechos relevante

del caso, demanda una explicación que involucra a la cultura jurídica peruana que trabajaré más adelante.

Dado que solo las cortes de apelación y la Corte Suprema poseen la capacidad para esbalecer reglas vinculantes, el efecto horizontal del *stare decisis* se aplica también solo a estas cortes. Esto no implica la necesidad lógica inversa, como asume Magaloni, según la cual, “(p)ara que un órgano jurisdiccional sea capaz de establecer reglas que vinculan a otros tribunales, es preciso que él mismo les otorgue fuerza de obligar a sus propias decisiones.”²⁵² Ello se deja ver de manera irrefutable en el caso inglés, el cual como mencioné se mantuvo algún tiempo aceptando la posibilidad de que la Cámara de los Lores no se vea constreñida por sus propias diferencias.

En el caso de las Cortes de Apelación, cada una de estas resuelve casos a través de *panels* o salas, las mismas que como mencioné, cambian de configuración cada mes. Las soluciones que cada sala plantea constituyen precedente vinculante respecto de las cortes de primera instancia que se encuentran inscritas en su jurisdicción. Esto puede acarrear un problema en tanto que al existir varios *panels*, aumenta la posibilidad de descoordinación jurisprudencial en el resultado: frente a hechos similares se llegan a respuestas distintas. La autovinculación o *stare decisis* horizontal, adquiere en este contexto mayor relevancia, pues ateniéndose a lo resuelto por los demás panels de una misma Corte de Apelación garantizaría una armonía jurisprudencial.

Cuando estos problemas de seguimiento y de coordinación subsisten en las Cortes de Apelación, no es la Corte Suprema de los Estados Unidos quien decide qué decisión debe prevalecer, sino que de conformidad con la regla 35 de la *Federal Rules of Appellate Courts*, debe acudir a una solución procesal conocida bajo el nombre de reexaminación *en banc*. De conformidad con esta norma, es el propio Tribunal en Pleno de las Corte de Apelación, quien está encargado de determinar si la solución dada por uno de los *panels* se ajusta o no a la jurisprudencia de la Corte²⁵³.

²⁵² MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *Op.cit.* p.41

²⁵³ “Regla 35. En Banc Determination

(a) Cuándo puede ser ordenada una resolución o reconsideración En Banc. Una mayoría del circuito de jueces quienes se encuentran en servicio regular activo y no descalificados, podrán ordenar que una apelación u

La Corte Suprema de los Estados Unidos es la última instancia para todos los casos que le resultan competentes. De este modo, la Corte Suprema dicta las líneas jurisprudenciales que resultan de obligatoria observancia tanto para las cortes federales como para todos los jueces que integran los sistemas judiciales de todos los estados. Es debido a esto que la uniformidad de la jurisprudencia de la Corte adquiere una relevancia especial. Dicha uniformidad se logra desarrollar y garantizar a través del efecto horizontal del *stare decisis*, pues la Corte se encuentra vinculada a sus propias decisiones. Como consecuencia de ello, la Corte ha ido tejiendo su legitimidad en el devenir histórico de los Estados Unidos: respetar las reglas y principios que ella determina para el resto es evidencia no solo de coherencia, sino de “auto-control” de sus poderes a través del respeto al derecho²⁵⁴.

La Corte Suprema de los Estados Unidos emite precedentes a través de las decisiones que adopta el Pleno. A diferencia de lo que ocurre con la Corte Suprema del Reino Unido, en Estados Unidos resultaría impensable que la máxima instancia se divida en salas para resolver casos. Ello sugiere algunas distancias culturales, de acuerdo con Summers y Atiyah, para quienes esto revelaría el carácter más formalista de la percepción de los operadores jurídicos

otro procedimiento sea resuelto o reconsiderado en banc, por la Corte de Apelaciones. Una resolución o reconsideración en banc no será estimada y por lo general no será ordenado a menos que:

- 1) la consideración en banc sea necesaria para asegurar o mantener la uniformidad de las decisiones de la Corte, o
 - 2) el procedimiento involucre una cuestión de trascendental importancia.
- (b) Solicitud para la resolución o reconsideración En Banc. Una parte podrá solicitar una resolución o revisión en banc.
- 1) La solicitud debe comenzar con la declaración de que:
 - A) La decisión del panel entre en conflicto con una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos o con la de la corte a donde está dirigida la solicitud (con la cita del caso o de los casos en conflicto) y por lo tanto una consideración por parte de toda la corte es necesaria para mantener la uniformidad de las decisiones de la corte, o
 - B) El procedimiento involucra una o mas cuestiones de importancia excepcional, cada una de las cuales debe ser formulada de manera concisa; por ejemplo, una solicitud puede sostener que un procedimiento presenta una cuestión de importancia excepcional si esta involucra un asunto en el que la decisión del panel entra en conflicto con las decisiones autoritativas de otras Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos que han abordado dicho asunto.
 - 2) Salvo permiso de la Corte, una solicitud para una resolución o reconsideración en banc no debe exceder las 15 páginas, excluyendo el material que no cuenta de conformidad con la Regla 32.
 - 3) A efectos del límite de página señalado en la Regla 35 (b)(2), si una parte llena una solicitud para ambos, una resolución y una reconsideración en banc, son consideradas como un único documento incluso si son llenadas de manera separada, a menos que ello sea requerido por una regla local. (...)- Traducción libre.

²⁵⁴ Para mayor detalle véase: GARVEY, John H, FARBER, Daniel A. y Alexander T. ALEINIKOFF. *Modern Constitutional Theory: a reader*. St. Paul: West Academic, 5ta edición, 2004.

ingleses respecto de su Corte Suprema, en contraste con la mirada más sustancial de los operadores jurídicos norteamericanos, quienes asumen que la Corte Suprema es un actor jurídico-político y que, por lo tanto, el producto de su trabajo debe incorporar la opinión de todos los jueces y de sus respectivas cargas ideológicas²⁵⁵.

Para que un caso pueda ser declarado resuelto es necesario que la mayoría de sus miembros se encuentre de acuerdo con el resultado final: se da la razón o no al apelante. De otro lado, también deben pronunciarse sobre el razonamiento que acompaña al resultado, razón por la cual diversos escenarios son posibles. La opinión de la Corte (*opinion of the court* o *majority opinion*) es el producto del acuerdo de la mayoría tanto en el resultado como en los razonamientos que sustentan el resultado. En caso un juez o más de uno no esté de acuerdo con las razones que fundamentan el fallo, pueden pronunciarse a través de opiniones disidentes (*dissenting opinions*). En los casos en los cuales exista un consenso de al menos cinco *justices* respecto al resultado pero no sobre las razones que justifican el resultado, no será posible emitir la opinión de la Corte, sino las opiniones concurrentes de los distintos *justices*²⁵⁶. Sobre esto último, si alguna de las opiniones concurrentes recibe el respaldo de más *justices* que las del resto, estaremos frente a una opinión plural (*plurality opinion*).

Existen supuestos en los que la Corte no se toma mucho tiempo para deliberar, debido al amplio consenso que existe sobre la materia que debe resolver. En esos casos la decisión es conocida como *per curiam* y se caracteriza por ser muy breve. De acuerdo con Magaloni²⁵⁷, el efecto que estas sentencias ocasionan es el de enviar el mensaje al resto de las cortes, respecto a que la materia en controversia descansa en una solución jurisprudencial sólida, de tan fuerte respaldo que no es necesario hilvanar una robusta cadena de argumentos, sino citar casos precedentes.

De esta forma, puede advertirse que la configuración que una sentencia termina por recibir dice mucho respecto de su eficacia. Cuánto mayor sea el respaldo a la decisión y a las razones que justifican dicha razón, mayor será el grado de eficacia vinculatoria que expida la sentencia. Ello

²⁵⁵ SUMMERS, Robert S. y P.S. ATIYAH. *Form and Substance in Anglo-American Law: A comparative study in legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, 1991p.269.

²⁵⁶ Como destaca Note, también existen “decisiones plurales parciales”, en las cuales las opiniones concurrentes difieren en pocos puntos. NOTE. *Plurality Decisions and Judicial Decisionmaking*. Harvard Law Review, vol. 94, 1981. Citado por: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *Op.cit.*p.55

²⁵⁷ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *Ibid.*

no debe entenderse como una variable que influya en el seguimiento que las cortes inferiores puedan –eventualmente- adoptar sobre las decisiones que cuentan con menor respaldo que otras. Las cortes inferiores siempre estarán vinculadas a lo que dicte la Corte Suprema. Es respecto de esta y de la eficacia horizontal que la variación en los grados de eficacia adquiere sentido, pues cuánto menos respaldo reciba una decisión, más proclive es esta de sufrir un cambio jurisprudencial en el futuro.

2.3.4. Los años del surgimiento del *stare decisis*: 1800-1850

Aunque muchos puedan imaginar una continuidad en el tratamiento y en la comprensión de la doctrina del *stare decisis* entre el siglo XVIII y el siglo XX en los Estados Unidos de América, esto no es cierto. A la ya clarificada distinción entre *case-law* y el precedente, resulta importante añadir la distinción entre la práctica del precedente (anterior a la segunda mitad del siglo XIX) y el *stare decisis* como tal. El primer concepto alude a la práctica de presentar una serie de casos como evidencia de las razones que han sido adoptadas en el pasado, por parte de otras cortes, a efectos de convencer al juez ante quien estas decisiones es presentada, de resolver el caso en el mismo sentido. La función que cumple aquí la práctica del precedente es la de persuasión.

De otro lado, el *stare decisis* no busca persuadir a ningún juez, sino recordarle que el caso o los casos que se le presentan como argumentos tienen el estatus de Derecho, no de “evidencia” de lo que el derecho es. De ahí que en virtud del *stare decisis* una sola decisión pasada revista de la autoridad suficiente para conminar al juez del presente a actuar de conformidad con ese derecho (*judge-made law*). Lo que ambas nociones tienen en común es que forman parte de una tradición del *common law* que consiste en mirar hacia el pasado y de confiar en el pasado para así obtener las respuestas válidas de casos presentes.

El desenlace que merece ser analizado es el paso de la visión de confianza en el pasado, en la clave de un conjunto de decisiones como evidencia de *lo que el derecho es*, a la visión de confianza en el pasado como creencia compartida de que una sola decisión pasada, proveniente de la autoridad competente, puede llevar consigo el carácter autoritativo del Derecho. De manera específica, debe explicarse cómo se llegó a la adhesión de la *ratio*

decidendi (mientras esta sea conforme a la razón)²⁵⁸, por parte de las cortes que conforman el sistema de justicia norteamericano, como práctica de producción y cumplimiento del Derecho.

Una de las explicaciones que suele darse tiene que ver con la constatación, casi de facto, respecto de la necesidad que el *judge-made law* cubriría frente a la ausencia de una regla determinada para un caso específico. En esos casos, el sistema jurídico que provea una respuesta deberá hacerlo usando la razón y la imparcialidad. Benjamin N. Cardozo explica en estos términos la adherencia al sistema de precedentes en Estados Unidos:

“La aquiescencia de un método como tal, tiene sus fundamentos en la creencia de que cuando el derecho ha dejado una situación sin cubrir, por parte de una regla pre-existente, no hay nada que hacer excepto tener un árbitro imparcial que declare lo que hombres justos y razonables, concientes de los hábitos de vida de la comunidad, y de los estándares de justicia y de trato justo que prevalecen entre ellos, deberían hacer en tales circunstancias, sin más reglas que aquellas provistas por la costumbre y la conciencia para regular su conducta.”²⁵⁹

Un primer elemento a tomar en cuenta en el análisis de este desarrollo histórico es el hecho de que a diferencia de Inglaterra, en Estados Unidos, durante los siglos XVII y XVIII, no existieron reportes de los casos resueltos por las cortes. Si bien en Inglaterra dichos reportes no terminaron de profesionalizarse hasta después de la introducción del método Pitman, es irrefutable el hecho de que tales reportes ya existían y contribuían a la publicidad de la jurisprudencia. Durante esos mismos años, como destaca Frederick G. Kempin, algunos abogados tomaron nota de algunos casos, con propósitos privados por supuesto, y aunque algunos de estos fueron publicados, como las notas de Bushrod Washington, sus números eran tan insignificantes y eran tan discontinuados, que en nada podrían asemejarse a los reportes actuales²⁶⁰.

²⁵⁸ Es importante destacar que en Estados Unidos también se reivindicará el lugar de la razón como plataforma o escenario en el que debe desplegarse el *judge-made law*, si es que quiere hacerlo de manera válida. De esta manera, no se trataría solo de seguir las reglas que impone una decisión sobre el demandante o el demandado, sino sobretodo, de seguir las razones que fundamentan esas reglas.

²⁵⁹ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, Sexta impresión, marzo 1928. *Lecture IV. Adherence to Precedent. The subconscious element in the judicial process. Conclusion*. Documento en línea: http://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud_proc.htm

²⁶⁰ KEMPIN, Frederick G. *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800-1850*. The American Journal of Legal Theory, Vol. 3. Nº 1, enero de 1959.p.34. El autor indica que sobre el último período del siglo XVIII y a inicios del siglo XIX, reportes no oficiales muy confiables comenzaron a surgir y circular, como es el caso de los Reportes de

Los reportes oficiales comenzaron a aparecer alrededor de la primera década del siglo XIX. Tuvo que esperarse hasta la mitad de dicho siglo para que los reportes oficiales de cada estado comenzaran a circular. De hecho, conforme al *Act of April 11*, de 1845, el primer reportero oficial fue Robert M. Barr, quien trabajó para el estado de Pennsylvania. Para esta época las cortes empezaron a dictar de manera formal sus opiniones, un dato no menor si se toma en cuenta que en estas se desarrollaban las razones que justificaban los fallos que dictaban. Hasta el siglo XVIII, sin embargo, lo que se dictaba era una suerte de memorándum muy informal²⁶¹.

El otro requisito para establecer las condiciones necesarias de la aparición del precedente (bajo la doctrina del *stare decisis*) es el referido a la jerarquización del sistema de justicia. En el caso de los Estados Unidos, desde inicios de su vida republicana la Corte Suprema fue reconocida como la instancia definitiva de apelación en los temas que le competían; razón por la cual algunos consideran que hacia la primera mitad del siglo XIX la doctrina del *stare decisis* ya estaba formada. Kempin considera que esto no es exacto y que el tercer requisito para su formación, esto es, la convicción de estar vinculados a las decisiones pasadas debido a su autoridad jurídica, es algo que se formó hacia finales de la primera mitad del siglo XIX.

La identificación del derecho de los jueces como una fuente autoritativa también estaría fuertemente unida a la creencia de que eran las razones acerca del caso decidido lo que convertía a este producto jurisprudencial en una fuente vinculante. De acuerdo a los *Maryland Reports* de Harris y M'Henry²⁶², en el caso *Winchester's Lessee v. Tilghman*, resuelto por la Corte Suprema de Pennsylvania, los jueces actuaron guiados por la búsqueda de principios generales, para a partir de ellos, resolver el caso. Este caso es mencionado por Kempin²⁶³ como un claro ejemplo de que por esos años aún la cultura jurídica norteamericana se encontraba lejos de las creencias compartidas que fundamentan la idea del *stare decisis*. Esta “denuncia” es trascendental, pues al compararla con el esquema de razonamiento judicial de

Dallas de los Estados Unidos. A su vez, los reportes de Johnson, en New York, comenzaron a circular compilando una serie de casos resueltos entre 1799 y 1800, y se mantuvo en circulación hasta 1823.

²⁶¹ KEMPIN, Frederick G. *Op.cit.* p.35

²⁶² Son casos resueltos por la Corte Provincial y la Corte de Apelaciones de la aquella entonces provincia de Maryland. Abarcan los años desde 1700 hasta la época de la revolución norteamericana. La versión en línea de los 4 volúmenes de los reportes puede verse aquí: <http://www.llmc.com/TitleLLMC.asp?CollID=1&Cat=22&TID=257&TName=MD,%20Harris%20and%20M%92Henry%92s%20Rpts>

²⁶³ KEMPIN, Frederick G. *Op.cit.*

muchos países pertenecientes a la tradición del *civil law*, podemos identificar rasgos comunes con el viejo estilo del *case-law* norteamericano. El día de hoy, nuestros jueces trabajan sobre una idea de precedente que no atiende a la particularidades del caso, sino que se aproxima a la búsqueda de esos principios generales que son reproducidos como reglas abstractas gracias a lo ordenado por el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional²⁶⁴.

En el curso de la investigación de Kempin son citados muchos casos que demuestran que incluso hacia fines del siglo XVIII, las cortes de los estados como Pennsylvania, que son aquellos de los pocos estados de los que se obtuvieron reportes de aquellas épocas, no se regían por la doctrina del *stare decisis* al considerar que los casos pasados no les resultaban vinculantes. Uno de los casos que vale la pena compartir es *Kerlin's Lessee v. Bull et.al.*, de 1786. En dicho caso, la Corte Suprema de Pennsylvania manifestó lo siguiente:

“Una corte no se encuentra vinculada a dar una decisión similar a la que fue dada por una corte anterior, a menos de que sean de la opinión que la primera decisión era una que se ajustaba a derecho; debido a que cualquier corte puede errar; y si un juez considera que si una decisión dada por una corte pasada es errónea, por conciencia no debería dar un decisión similar, de haber jurado juzgar de conformidad con el derecho.²⁶⁵”

El panorama pareció cambiar hacia 1853, cuando la propia corte de Pennsylvania pareció dar los primeros pasos en dirección del -hasta ese momento virgen- dominio del *stare decisis*. En el caso *McDowell v. Oyer*, la corte sostuvo lo siguiente:

“(…) algunas veces se dice que esta adherencia al precedente es esclavizante; que encadena la mente del juez y lo obliga a decidir sin referencia al principio. Pero que sea recordar que el *stare decisis* es en sí mismo un principio de gran magnitud e importancia (...) Sostengo que las adjudicaciones realizadas por esta Corte, cuando carecen de absurdidad, no resultan pícaras, y son consistentes unas con otras, son ley vigente (*law of the land*). Es a este derecho al que nos encontramos vinculados de ejecutar, y no cualquier “derecho superior”, manufacturado para cada ocasión especial desde nuestras

²⁶⁴ Volveré con más fuerza a este asunto más adelante, pero la idea debe quedar clara: es posible adoptar un esquema fuerte de vinculación a casos pasados y aún así diferir rotundamente de las prácticas culturales jurídicas de la tradición del *commo law*.

²⁶⁵ US. 175, 178, 1 Dall. 175, 178. Citado por: KEMPIN, Frederick G. *Op.cit.*p. 40

propias opiniones y sentimientos privados. Si resulta equivocado, el gobierno posee un departamento cuyo deber es enmendarlo, y la responsabilidad de ninguna manera le ha sido otorgada a la judicatura²⁶⁶”

Un episodio particular y muy significativo en la historia del Derecho norteamericano ocurrió el 9 de diciembre de 1858, cuando se promulgó un estatuto que el propio Kempin cataloga como “inusual” dentro de la cultura jurídica norteamericana²⁶⁷, debido a que la Georgia Act, parecía establecer vía legislativa la doctrina del *stare decisis*. De hecho, es inusual, pues se trató de legislar un principio que estaba construyéndose en la práctica. En el Perú sucedió algo similar, pues aunque con el matiz de que aquí la práctica socaba cualquier proceso de consolidación del *stare decisis*, también fue la vía legislativa la que introdujo dicho principio o institución afín. La introducción del estatuto sostenía de manera expresa la intención de dotar de uniformidad a las decisiones de la Corte Suprema de dicho estado. La sección primera establecía lo siguiente:

“Sec. 1. Que sea decretado que, desde y a través del fragmento de esta ley (*act*), las decisiones de la Corte Suprema de este Estado, que hayan podido ser tomadas, hasta ahora o después de ahora, por la Corte en pleno, y en las que los tres jueces hayan o pudan concurrir, no sean revertidas o desautorizadas (*overrule*) ni cambiadas; sino que las mismas sean por la presente declaradas que deberán ser consideradas, apreciadas y observadas por todas las cortes de este Estado, como la ley de este Estado, ahí donde no hayan sido cambiadas, por completo, por una promulgación legislativa, y que tengan el mismo efecto, como si las mismas hubiesen sido promulgadas en los términos de la Asamblea General.²⁶⁸”

Dado que la cultura jurídica no reside en la acumulación de instituciones positivas o de reglas jurídicas coherentemente observadas, sino en las creencias compartidas acerca de cómo estas operan o debieran operar en la práctica, la sección 1 del Act N.º 62 sería completamente malinterpretada si no observáramos su recepción. Kempin lee la adopción de dicha ley como el punto culminante de la aceptación de la vinculatoriedad a las decisiones judiciales²⁶⁹. Este no es un dato menor. La única explicación razonable que dicha promulgación adquiere es la de

²⁶⁶ 21 Pa. 417, 423 (1853). Citado por: KEMPIN, Fredrick G. *Op.cit.*p.41

²⁶⁷ KEMPIN, Frederick G. *Op.cit.* 42

²⁶⁸ Act N° 62 de 1858.

²⁶⁹ KEMPIN, Frederick G. *Op.cit.*p.43

presentarse como un punto culminante, no como un punto de partida. La legislación que consagra la vinculatoriedad de la jurisprudencia no cae del “reino de las mejores razones”, como puede ser leído el caso peruano, sino que termina consolidando una práctica viva que se forjado –en este caso- en las cortes del estado de Georgia²⁷⁰.

En el curso de las primeras décadas del siglo XIX, la valoración del *case-law* era muy ambivalente en el tratamiento que recibía por parte de las cortes supremas de cada Estado; razón por la cual, es inapropiado observar en los casos aislados de respeto hacia decisiones pasadas las bases del *stare decisis* norteamericano. Por citar un ejemplo, en el Estado de Kentucky, en 1828, se determinó a través de un dictum en el caso *South's Heirs v. Thoma's Heirs*, que el Derecho –acá debe entenderse por derecho una decisión pasada de la misma corte- debe ser seguido y mantenerse estable, aún cuando esté equivocado²⁷¹. Sin embargo, en Nueva York, la recepción de la doctrina del *stare decisis* era otra. En el caso *Yates v. Lanshing*, del año 1811, se dejó constancia del período de formación de una propia doctrina del precedente, por el que la judicatura norteamericana estaba atravesando. En aquella época la corte de máxima instancia estaba conformada por un núcleo de jueces y un grupo de senadores que iban cambiando periódicamente. Uno de ellos, el senador Platt, fue enfático al afirmar que no podía admitir la aplicación de la doctrina de la inmutabilidad en las decisiones de esa corte al extremo sostenido por el abogado de la parte. Platt sostuvo además, que las decisiones judiciales debían ser entendidas como evidencia de lo que el derecho es, no como derecho en sí mismo. Esta evidencia es más fuerte dependiendo de si son muchos los casos que respaldan una decisión específica, de la cantidad de jueces que apoyan la decisión, las

²⁷⁰ No hay que menospreciar, sin embargo, el impacto de la legislación en la configuración de la política jurisdiccional del Estado de Georgia. El Código del Estado de Georgia, promulgado el año 1861, prohibió a los reporteros brindar más de un memorándum a los argumentos esbozados por los abogados en el proceso. Ello se hizo con la finalidad de asegurar que la mayor extensión de los reportes fuese otorgada a los argumentos de los jueces; esperándose con ello, que los destinatarios de los reportes comenzaran a valorar más el producto del trabajo jurisprudencial. Esto revela, además, que existía un fuerte interés del público, esto es de parte de los propios abogados, por conocer lo que sus colegas pensaban y la estrategia argumentativa que utilizaban en sus casos. La disposición específica a la que hago referencia se encuentra en el artículo III, del capítulo 2, del título 5, de la primera parte del Código del Estado de Georgia que se puede descargar de la siguiente dirección: http://digitalcommons.law.uga.edu/ga_code/18/

²⁷¹ La cita del caso es hecha por KEMPIN, Frederick G. Op.cit.p.47 y un análisis sobre el mismo puede ser encontrado en el libro de A.G Hodges, A digest of statute of laws of Kentucky, of a public and permanent nature, passed since 1834, with references to judicial decisions. Disponible en línea en: http://books.google.com.pe/books/about/A_digest_of_the_statute_laws_of_Kentucky.html?id=dkhMAQAIAAJ&redir_esc=y

razones de la decisión, la claridad con la que los principios del caso son expuestos y del “humor de la época”²⁷².

En general, el período que abarca los años 1800-1850, demuestra que la adopción de la doctrina del *stare decisis* -de vertiente inglesa- se materializó progresivamente. Los Estados del este fueron los primeros en ir reconociendo el carácter autoritativo de una decisión judicial, mientras que los Estados del oeste se demoraron más, casi hasta la última década del período consignado, en reconocer dicho carácter, cargando con la teoría del *judge-made law* como evidencia del derecho y no como derecho mismo²⁷³.

De acuerdo a Kempin, sin embargo, existiría una sutil pero importante diferencia entre la forma en la que el *stare decisis* es practicado en Inglaterra y en Estados Unidos. El concepto de “autoridad vinculante”, no es accidental en el caso inglés, sino que refleja la actitud que los operadores del derecho tienen respecto del precedente, lo cual se ve reflejado en el bajo número de ocasiones en los que un precedente ha sido revertido por la Cámara de los Lores²⁷⁴. Las cortes norteamericanas suelen revertir decisiones que consideran erróneas con mayor facilidad que sus pares ingleses; quienes en todo caso, echan mano de la figura de la distinción (o *distinguishing*), para decidir un caso en sentido distinto del caso precedente, sin desobedecerlo abiertamente. Es en este punto donde las teorías acerca de la visión declarativa del precedente o de la visión del precedente como derecho en sí mismo, comienzan a “hacer agua”. Con cargo a desarrollar la idea más adelante, se puede afirmar que desde un punto de vista teórico (purista), adoptar una perspectiva declarativa del precedente demandaría asumir una práctica de reversión (*overruling*) de aquellas decisiones consideradas como erróneas, o no conforme al derecho. Sin embargo, esto no explica el hecho de que el *stare decisis* en Estados Unidos sea asumido como derecho vigente y al mismo tiempo la Corte Suprema “retroceda” o “cambie” abiertamente la dirección de su jurisprudencia apartándose de sus decisiones pasadas.

²⁷² Johnson’s New York Cases. Caso 341, 358. Citado por: KEMPIN, Frederick G. *Op.cit.*45

²⁷³ Es significativo el ejemplo de la Corte Suprema de Iowa, la cual en el caso *Lemp v. Hastings*, sostuvo que un principio o regla establecido por una decisión judicial debía ser seguido, pero que en caso sean palpablemente equivocados, deberían ser revertidos. Así también, la Corte Suprema de Ohio sostuvo en el caso *Leavitt and Lee, Executors, v. Morrow*, de 1856, que el “mero precedente” no es suficiente para establecer un principio legal, para siempre. La justificación que esboza la corte no es insignificante, por el contrario, resulta sustantiva: la experiencia ha demostrado que muchos casos han sido revertidos en la historia del *common law*, ¿cómo podría confiarse en un sistema rígido que ampare el seguimiento de errores?

²⁷⁴ Recordemos que Kempin escribe casi en la década de los 60 del siglo pasado.

Como bien señala Kempin, resumiendo la visión del *stare decisis* que la cultura jurídica norteamericana logró desarrollar durante estos años:

“Las cortes americanas, por lo tanto, parecen tomar una postura intermedia, de acuerdo a al cual, mientras resaltan la autoridad del precedente, tratan a casos pasados, sin embargo, como correctos *prima facie*. Parece que creemos que mientras los jueces “hacen” derecho, pueden rehacerlo de cuando en cuando.”²⁷⁵”



²⁷⁵ KEMPIN, Frederick G. *Op.cit.*52

Capítulo 3: el precedente constitucional peruano

3.1. Cambios institucionales y el desarrollo del discurso sobre la jurisprudencia

El presente apartado constituye la puesta en práctica del Análisis Cultural del Derecho al objeto central de la investigación. Por lo tanto, buscaré responder a la pregunta de aquello que hizo posible la emergencia del precedente constitucional, buscando elementos culturales que puedan explicar ese fenómeno, si acaso existen.

Los siguientes sub-apartados tratarán de demostrar algunas tesis fundamentales que ayudarán a comprender mejor no solo la respuesta final de la investigación, sino el contexto cultural de emergencia del precedente constitucional. Así, mostraré evidencia que explica que la razón por la que no se produjo un “sismo” de fuertes proporciones entre los actores profesionales del Derecho, frente a la irrupción del precedente constitucional, fue el hecho de que varios años antes se había introducido la idea de la vinculatoriedad de la jurisprudencia, a través de importantes cambios legislativos en el área procesal civil y penal.

Asimismo, estudiaré la emergencia del precedente constitucional en el contexto más amplio de la reciente historia de la justicia constitucional peruana. De esta forma, se logrará comprender que la mayoritaria aceptación de la estructura paternalista del precedente constitucional no puede ser entendida al margen de los abusos políticos que el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Constitucional sufrieron durante la década de los 90. Solo de esta manera podrá comprenderse la indulgencia que la rígida estructura del precedente recibió por parte de la comunidad académica.

Por último, analizaré minuciosamente los rasgos estructurales del precedente constitucional peruano, de manera que se exhiban las razones que justifican su particularidad en el contexto del derecho comparado. Llegado a ese punto, hundiré mi análisis en el contexto específico del desarrollo del discurso de la seguridad jurídica, durante la década de los noventa, así como en el proceso de configuración del Proyecto del Código Procesal Constitucional. El propósito de ese estudio será el delimitar los puntos de convergencia y divergencia entre ambos procesos, a efectos de poder apreciar mejor el verdadero poder de la creencia negativa de la desconfianza judicial.

3.1.1. Los primeros cambios en la jurisprudencia peruana

El mes de octubre del año 1943 fue testigo de un importante suceso en la práctica jurídica peruana. Ese mes salió a la luz la primera edición de la “Revista de Jurisprudencia del Perú”, una iniciativa privada que tenía como propósito la construcción de un espacio de discusión acerca del Derecho que las cortes y los jueces pronunciaban. La primera editorial de la revista deja en claro dicho propósito y las razones que lo justifican:

“Es necesario un medio de publicidad que lleve a todos los campos vinculados al foro peruano el conocimiento de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia y de los dictados administrativos que puedan tener un carácter principista y genérico; que sea un medio de divulgación de nuestro derecho y un exponente de la vida jurídica del país.

Tal es el propósito de “Revista de Jurisprudencia Peruana” que no omitirá esfuerzo por hacer una obra seria y bienintencionada, sirviendo a la causa de la justicia.

(...)

Ante un mundo que se debate en forma trágica, el fortalecimiento, de la fé (*sic*) en la justicia humana, puede llegar a cristalizar esa mejor convivencia que todos esperamos. La “Revista de Jurisprudencia Peruana” pondrá de su parte cuanto esfuerzo esté a su alcance para orientar en tal sentido todos y cada uno de sus actos.²⁷⁶”

Era ciertamente una época oscura para la justicia. El contexto de la Segunda Guerra Mundial colocaba en el centro del debate el papel del Derecho ante los cruentos hechos que no dejaban de sorprender al mundo. Incluso, ese mismo año, unos meses atrás, Goebbels había pronunciado su famoso discurso en el Palacio de los Deportes en Berlín, haciendo un llamado a la “guerra total” como respuesta a la derrota alemana de Stalingrado²⁷⁷. Por supuesto, las noticias por aquellos días no viajaban con la misma velocidad con la que viajan hoy, y aunque ello hubiera sido posible, la realidad peruana de aquel entonces lidiaba con sus propios problemas; como era el caso de la represión a los sindicatos perpetrada por el gobierno de Manuel Prado y la consecuente interrogante respecto a la eficacia del Derecho Laboral, por citar solo un ejemplo.

²⁷⁶ Editorial. Revista de Jurisprudencia Peruana, Octubre de 1943, N° 1.

²⁷⁷ GALLEGO, Ferrán. *De Múnich a Auschwitz. Una historia del nazismo, 1919-1945*. p. 429 y siguientes.

Al margen del contexto histórico, lo que resulta gravitante de la editorial de la revista, a efectos del objeto de la presente investigación, es la expresa referencia que hace a los elementos “principistas y genéricos” que la jurisprudencia puede encarnar. Esto revela un dato fundamental: el interés no estaba puesto en divulgar cualquier sentencia de la Corte Suprema, sino aquellas sentencias con principios relevantes para los actores jurídicos.

En esta práctica pueden identificarse las bases de la construcción de un enfoque (propio) de análisis jurisprudencial, que lamentablemente no llegó a consolidarse. La revista, que publicó de manera ininterrumpida hasta el año 1983, recogía además de las principales sentencias en materia penal, civil y laboral, las principales disposiciones normativas en un intento por sistematizar la producción normativa nacional más importante; facilitando a su vez, el quehacer de académicos y operarios del Derecho peruano.

Hacia mediados de la década de 1990, la revista volvió a la luz bajo el nombre de “Revista Peruana de Jurisprudencia”, siendo famosas muchas de sus editoriales que denunciaron los abusos contra el Estado de Derecho, cometidos por el gobierno de Alberto Fujimori²⁷⁸. Durante los primeros años del siglo XXI las editoras dedicadas al análisis de la jurisprudencia proliferaron, en lo que puede considerarse como “el despertar de la jurisprudencia académica”. Ello responde, en parte, a la introducción de cambios legislativos en las vías procesales civiles y penales que introdujeron la figura de los Plenos Casatorios y el precedente judicial; aunque ciertamente, un rol decisivo lo jugó la emergencia del precedente constitucional en el año 2004. Durante todo ese lapso de tiempo en el que se mantuvo funcionando la Revista de Jurisprudencia Peruana –cuarenta años-, la jurisprudencia en el Perú nunca tuvo carácter vinculante. Como lo recuerda el Profesor Domingo García Belaúnde, aunque el interés por la jurisprudencia en la aulas era distinto al de hasta hace algunos años -después de todo, en la década de los 60 era usual estudiar Derecho llevando clases prácticas en las que los alumnos se dedicaban a analizar las sentencias más emblemática de la Corte Suprema²⁷⁹-, no dejaba

²⁷⁸ Al respecto léase las siguientes editoriales: Reivindicación del Estado de Derecho. En: Revista de Jurisprudencia del Perú 46, 1996, Nº 4.p. 11 y siguientes; Sigifredo Orbegoso Venegas. ¿Liquidando el Estado de Derecho? En: Revista de Jurisprudencia del Perú 47, 1997, Nº 10.p. 47 y siguientes. Editorial: Inestabilidad jurídica en el país, íbid. Nº 11.p. 9 y siguientes; Jorge Avendaño V. ¿Tenemos Estado de Derecho? En: Revista de Jurisprudencia del Perú 48, 1998, Nº 14.p. 7 y siguientes.

²⁷⁹ Como aclara el Profesor Gorke Gonzales, las clases prácticas se mantuvieron al adoptarse la Reforma de la Enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP, aunque su relevancia fue ambivalente. En sus propias palabras: “Estas clases, salvo excepciones, tuvieron carácter informal y, en buena cuenta, fueron

de ser cierto que el panorama en la práctica procesal era distinta: ningún abogado argumentaba sus propios casos en base a la jurisprudencia de ninguna corte, ni siquiera de la Suprema²⁸⁰.

Esto revela un punto central acerca de la relación entre la cultura jurídica de una comunidad y la forma en la que esta “entiende” una determinada institución jurídica. El valor que una determinada institución posee para una comunidad no tiene por qué ser uniforme y tampoco tiene por qué restringirse al valor que adquiere por el derecho positivo. El ejemplo del valor de la jurisprudencia en el Perú así lo revela. Si bien los textos dogmáticos repiten –aún hoy- la intrascendencia de la jurisprudencia, considerándola una “fuente menor”²⁸¹, parece ser el caso que el interés por la difusión de la misma es algo que corre en paralelo a los discursos formales que se agotan en el plano de la “validez jurídica”.

No obstante, resulta importante reconocer que esta forma flagrante de descalificación dogmática del valor de la jurisprudencia ha ido cambiando con el paso de los años, como respuesta al rol que viene cumpliendo el precedente constitucional. Por citar un ejemplo, Marcial Rubio afirma en uno de los manuales de Derecho más divulgados en el Perú de los últimos treinta años²⁸², que la jurisprudencia es una fuente de Derecho, aunque solo para las partes del caso concreto. La excepción viene dada por el caso del precedente constitucional y, en la vía judicial ordinaria, por la doctrina jurisprudencial vinculante y el precedente judicial,

consideradas “complementarias” respecto de la cátedra del curso. Del carácter accesorio de estas clases derivó que su responsabilidad fuera dejada en manos de jefes de prácticas o de estudiantes de últimos ciclos, que hacían las veces de ayudantes. No obstante ello, su popularidad y éxito entre los alumnos fue irrefutable, llegando a convertirse en un espacio privilegiado de aprendizaje, en algunos casos más apreciado que el proporcionado por la cátedra oficial del curso. Paradójicamente, este tipo de escenario fue cuestionado por el movimiento reformador y, al mismo tiempo, defendido por quienes estaban en contra –o, por lo menos, no del todo a favor- de la reforma. En esta última línea estaban quienes defendían la cátedra magistral como vehículo para la transmisión de la dogmática. En: GONZALES MANTILLA, Gorki. *La enseñanza del Derecho o los molinos del viento. Cambios, resistencias y continuidades*. Lima: Palestra editores y Fondo Editorial de la PUCP, 2008.p. 42

²⁸⁰ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013.

²⁸¹ Eugenia Ariano llega a sostener que cualquier intento de una norma de rango legal, por establecer la vinculatoriedad de la jurisprudencia es inconstitucional. Ello, debido a que los jueces solo están vinculados a la ley y la Constitución. Su postura será analizada con mayor detalle más adelante. ARIANO DEHO, Eugenia. *Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional*. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 96. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

²⁸² RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica, 2009 3ra reimpression de la 12ava edición. La primera edición salió publicada en el año 1984 y desde ese año ha vendido más de 26, 000 ejemplares. Es, sin duda, un verdadero *best-seller* jurídico.

figuras que tendrían un poder normativo que las convierte en fuente de derecho “para todos”. En palabras del propio Marcial Rubio:

“Es preciso señalar, como punto de partida, que la jurisprudencia en sentido genérico (...) son normas jurídicas obligatorias para las partes sometidas a la jurisdicción del Poder Judicial o a la atribución resolutoria de la administración pública, según el caso. De esta manera, de principio, podemos decir que la jurisprudencia es siempre fuente del Derecho para las partes y que lo resuelto es de cumplimiento obligado para ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia puede tener un rol normativo adicional en el Derecho, que es el de precedente vinculatorio para casos futuros en el sentido de que, cuando estemos ante circunstancias similares a las anteriores ya resueltas, la resolución posterior debe ajustarse a los términos de lo resuelto anteriormente para dicho caso.²⁸³”

Si bien no se acepta, sin más, que la jurisprudencia pueda tener efectos más allá de las partes involucradas en un caso, vale la pena contextualizar dicha afirmación. El gran problema con la discusión acerca de las fuentes del Derecho en la tradición del *civil law*, tiene que ver con la pluralidad de significados que dicho concepto posee. Por ejemplo, para el propio Marcial Rubio, las fuentes del Derecho son los procedimientos a través de los cuales se producen normas jurídicas válidas²⁸⁴. Así, para el autor, en el ordenamiento jurídico peruano las fuentes reconocidas serían cinco: (i) legislación, (ii) jurisprudencia, (iii) costumbre, (iv) doctrina; y, (v) declaración de voluntad²⁸⁵.

Luis Prieto Sanchís ha elaborado una clasificación de los distintos sentidos del concepto de fuente de Derecho que resulta muy oportuna de compartir. Después de todo, cuando una clasificación está bien elaborada y cumple con creces su objetivo –mostrar las diferencias y regularidades de los objetos comparados de manera útil-, el único acto de justicia que cabe hacerle es compartirla:

- a) Fuente como origen o causa última de Derecho: hace referencia categorías ontológicas de las que emana el sistema jurídico. Por ejemplo, dios sería la fuente del Derecho para el iusnaturalismo teológico y el soberano lo sería para el positivismo jurídico clásico.

²⁸³ RUBIO CORREA, Marcial. *Íbid.* p.173

²⁸⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *Íbid.* p. 111

²⁸⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *Íbid.* p. 113

- b) Como grupo social del que procede el Derecho: en este esquema, para el Derecho Internacional Público, la comunidad internacional sería la fuente del Derecho, mientras que para el Derecho Canónico lo sería la Iglesia Católica romana.
- c) Fuente como órgano jurídico: se trata del órgano competente para dictar una norma. El Parlamento sería fuente de la ley, el Poder Judicial sería la fuente de la jurisprudencia y el Ejecutivo lo sería del Reglamento.
- d) Fuente como conjunto de hechos y actos humanos establecidos para la creación de disposiciones: ejemplos de esta fuente serían el proceso legislativo, la potestad reglamentaria o la jurisdicción.
- e) Fuente como producto: es la ejecución de los actos antes mencionados que dan lugar a documentos normativos como la ley, la sentencia judicial o el reglamento administrativo.
- f) Fuente como norma sobre la producción jurídica: vendrían a ser las normas de reconocimiento de Hart, las cuales son ciertas disposiciones que habilitan la creación de las demás disposiciones normativas.
- g) Fuente que ayuda a conocer mejor el Derecho: publicaciones o documentos sin vinculatoriedad jurídica que ayudan a entender mejor el Derecho, como es el caso de la doctrina²⁸⁶.

De acuerdo a esta clasificación puede apreciarse cómo Marcial Rubio hace referencia en su descripción de fuente de Derecho, a una “fuente como norma sobre producción jurídica” y cita como ejemplo de esta, a “fuentes producto” e incluso a una “fuente que ayuda a conocer mejor el Derecho” (doctrina). Esto, por supuesto, no quiere decir que la clasificación de Marcial Rubio sea incorrecta, solo revela que la discusión sobre las fuentes se complejiza cuando se introducen cambios importantes en la valoración de instituciones jurídicas, como es el caso de la jurisprudencia. De manera particular, cuando se discute acerca de si la jurisprudencia es o no fuente de Derecho, se discute si esta resulta vinculante para los jueces que deben resolver un caso pendiente en función de decisiones pasadas.

Que un acto o un hecho sea catalogado como fuente de Derecho, en el sentido que implique su observancia obligatoria por mandato jurídico, no es una consideración menor. Los debates acerca de si algo es fuente de Derecho, en esos términos, equivalen a una lucha por controlar

²⁸⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: editorial Trotta, 2005. pp. 152-153.

el poder institucionalizado. Esto es precisamente lo que asume R.C. Van Caenegem²⁸⁷ y lo que pone en práctica para estudiar las causas de la preferencia de algunas fuentes de Derecho por sobre otras en los diferentes sistemas legales occidentales. Su principal crítica se dirige contra lo que él denomina el “antropomorfismo abstracto”, que supone explicar las causas de los cambios institucionales relativos al manejo de las fuentes del Derecho en función de la tradición jurídica misma, dejando de lado el contexto político y los actores involucrados²⁸⁸.

Resulta razonable pensar que el hecho de que la jurisprudencia juegue un rol trascendental en Inglaterra, mientras que en Francia lo haga la ley y en Alemania sean los profesores de Derecho quienes ocupen el rol estelar, sea el producto de ciertas ideas asumidas (o en el lenguaje de la investigación: creencias compartidas) por una comunidad. Van Caenegem no desprecia el poder de las ideas internalizadas por una comunidad; sin embargo, lo que él desea es prestar atención –como sucede en este estudio sobre el precedente- a la formación de dichas creencias.

Así, la pregunta acerca de ¿por qué en Alemania los profesores pudieron alcanzar semejante relevancia en la vida institucional del Derecho, mientras que en Francia no?, o ¿por qué si Inglaterra y Francia pasaron por procesos revolucionarios en los que los jueces eran vistos como miembros de una élite que buscaba consolidar el estatus de la oligarquía, solo la primera siguió confiando en los jueces como actores decisivos en el sistema legal?, no pueden ser resueltas apelando, de manera exclusiva, a una vaga idea de tradición. Momentos de cambios en la preferencia de fuentes de Derecho requieren de un análisis contextual.

En el caso de la Alemania del siglo XVI, el rol estelar de los profesores fue posible gracias a la poca relevancia que el legislador tenía como consecuencia de un sistema político fragmentado en el que primaba un mosaico de principados. Los profesores representaron un cuerpo profesional altamente especializado, capaz de asimilar el contenido del *Corpus Juris* y de sus comentarios medievales. Su voz fue escuchada por las múltiples cortes porque ofrecía mayor certeza que las dispersas leyes²⁸⁹. Respecto a la segunda interrogante, Van Caenegem destaca el hecho de que, si bien los jueces en Inglaterra podían ser considerados como la

²⁸⁷ VAN CAENEGEM, R.C. Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea. Lima: Palestra editores, 2011. De la edición de 1987 de, The Press of the University of Cambridge.

²⁸⁸ VAN CAENEGEM, R.C. *Ibid.*p. 75

²⁸⁹ VAN CAENEGEM, R.C. *Ibid.*p. 93

expresión de la oligarquía reinante, dicho país tuvo una revolución cincuenta años que Francia, momento en el que aún se mantenía la creencia de que el buen Derecho era el “Derecho antiguo”, el cual se reconocía como “elaborado por los jueces”. Lo mismo no ocurrió en Francia, donde se hizo necesario cortar con la casta de los jueces fieles al *Ancien Régime* a través del legislador, quien formalmente representaba la voluntad popular²⁹⁰.

En el caso peruano, el estudio del Profesor Fernando Trazegnies aborda el período de cambio político más importante: el paso de la Colonia a la República. El diagnóstico de su estudio revela que el Derecho fue un instrumento fundamental para que la vieja clase dominante conservara sus prerrogativas a través de la exclusión de sus bienes del intercambio comercial (derecho de propiedad), o protegiéndolos contra nuevas formas de distribución de la riqueza (teoría de los derechos adquiridos). A este proceso lo llama la “modernización tradicionalista” – ubicando su nacimiento hacia el año 1840- y se caracteriza porque se aceptan ciertos matices del modelo capitalista, siempre y cuando estos elementos coadyuven a consolidar la posición de la clase dominante²⁹¹.

Resulta interesante observar a través de toda su investigación cómo es que, por ejemplo, pudieron adoptarse ideas liberales, consignándose en textos constitucionales, sin que su impacto las convirtiera en significativas. Esto implica que la repetición de discursos debe diferenciarse de su asimilación, sobre todo si se pretende arribar a conclusiones en materia de análisis cultural. Solo contrastando dichos discursos con las reacciones de los demás actores jurídicos puede adoptarse una percepción más cercana respecto del nivel y extensión de una creencia compartida.

Retomando la ambivalente valoración que se tenía de la jurisprudencia en el Perú entre los años 60 y 70, resulta importante atender a un fenómeno de reforma educativa legal muy significativo para nuestro medio. Me refiero a la Reforma del Sistema de Enseñanza de la

²⁹⁰ VAN CAENEGEM, R.C. *Íbd.* pp. 170-176.

²⁹¹ De TRAZEGNIES, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición de 1992. pp. 25-35. Al respecto, el Profesor Gorki Gonzales sostiene que esta concepción del Derecho devino en la adopción del enfoque de la exégesis que impregnó la cultura jurídica peruana. Otra de las manifestaciones fue el formalismo jurídico que es entendido por este autor, como una concepción interpretativa que privilegia el texto escrito por encima de las relaciones entre el Derecho y la vida social. Al respecto léase el segundo capítulo de: GONZALES MANTILLA, Gorki. *La enseñanza del Derecho o los molinos del viento. Cambios, resistencia y continuidades*. Lima: Palestra editores y Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008. pp.148-154

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), aprobado en el año 1968. La atención particular en este proceso de reforma resulta justificada debido a que, de los seis miembros del Grupo de Profesores que elaboró el Proyecto del Código Procesal Constitucional²⁹², solo uno de ellos no se había formado en las aulas de la PUCP (es el caso de Arsenio Oré Guardia, quien estudió en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

La reforma se dio en un contexto que tampoco puede ser obviado. Fueron años de profundos cambios políticos y sociales, marcados por la interrupción de la democracia a través del golpe de Estado del General Juan Velasco Alvarado al gobierno democrático de Fernando Belaúnde Terry, así como por la intensificación de la reforma agraria. Además, en el plano judicial, se creó nada menos que el “Consejo de la Magistratura” -en el año 1969-, el cual le permitió a Velasco “asegurar la selección y disciplina de los jueces²⁹³”. El proyecto de reforma educativa, liderado por un joven decano en aquel entonces, Jorge Avendaño V.²⁹⁴, se inscribió por lo tanto en el ambiente transformador de su época, siendo visto como una oportunidad para “poner al día el rol de las instituciones jurídicas y de los profesionales del Derecho, como respuesta a las demandas sociales y al “desajuste” de las hegemonías internacionales (...).²⁹⁵”

Como rescata el Profesor Gorki Gonzales en una de las investigaciones más profundas acerca de la enseñanza del Derecho en el Perú, el plan de reforma estuvo auspiciado y financiado por la Fundación Ford, constituyendo el programa de reforma más ambicioso de la historia del Perú. Dicho programa contó con cuatro ejes fundamentales: (i) la preparación de quince profesores de la PUCP en la Universidad de Wisconsin, (ii) el estímulo de la investigación jurídica en la Facultad, (iii) el mejoramiento del equipamiento de la biblioteca, así como del

²⁹² Se trata de los profesores: Domingo García Belaúnde, Juan Monroy Gálvez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Arsenio Oré Guardia y Samuel B. Abad Yupanqui.

²⁹³ Creado mediante Decreto Ley N° 18060, del 23 de diciembre de 1969. Para un análisis completo al respecto, léase: GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los jueces. Carrera Judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra editores y Fondo Editorial de la PUCP, 2009.pp270-274.

²⁹⁴ De acuerdo al historiador Teodoro Hampe, Jorge Avendaño “se ocupó de promover –apenas luego de haber asumido dicho encargo- una sustancial modificación en el régimen educativo de la Facultad. Lo adecuado, decía, era formar a profesionales capaces de desempeñar un rol decisivo en la transformación y el crecimiento del país.” HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro. *Historia de la Universidad Católica del Perú*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.pp. 119-120. Citado por: GONZALES MANTILLA, Gorki. *Op.cit.* pp.24-25

²⁹⁵ GONZALES MANTILLA, Gorki. *Op.cit.* p. 26

servicio bibliotecario; y, (iv) el establecimiento de una Oficina de Orientación Profesional, cuyo director fue preparado a través de varias visitas a universidades extranjeras²⁹⁶.

El impacto de la reforma fue, sin duda alguna, significativo para la enseñanza en la Facultad de Derecho PUCP. Sin embargo, el Profesor Gonzales precisa que las virtudes, impulsadas sobre todo por la adopción del método activo de enseñanza, tuvieron preponderancia en el terreno metodológico y no tanto en el sustantivo o de contenido, debido a que la visión de una dogmática jurídica alejada de la realidad social se mantuvo en los años que le siguieron²⁹⁷.

A efectos del presente trabajo, el impacto de la reforma de la enseñanza en la PUCP estuvo ligado a la experiencia personal y académica que el Profesor Domingo García Belaúnde tuvo como parte integrante del grupo de profesores seleccionados para recibir una capacitación en la Universidad de Wisconsin. Producto de su experiencia en Estados Unidos, tuvo un acercamiento especial con el manejo de la institución del precedente y con la forma en la que se entendía a la jurisprudencia y a la labor del juez en dicha comunidad jurídica. Una de las felices consecuencias de su experiencia en Wisconsin fue la reorganización de sus materiales de enseñanza del curso a su cargo en la PUCP, Derecho Constitucional. A partir del año 1969 serían incluidas, no solo la doctrina o la legislación, sino también las ejecutorias más emblemáticas de nuestra Corte Suprema²⁹⁸.

Otra feliz consecuencia de su experiencia en Wisconsin, esta vez directamente relacionada con el objeto del presente trabajo, es la elaboración de la Ley de Amparo y de Habeas Corpus de 1982, la cual contiene en su artículo 9, el primer antecedente normativo de la figura del precedente constitucional. Aunque en un ejercicio contra-fáctico el Profesor Domingo García Belaúnde sostuvo que de no haber pasado por la experiencia de Wisconsin, lo más probable es que igual hubiese diseñado el referido artículo 9²⁹⁹, es innegable que su experiencia académica en tierras estadounidenses orientó y perfiló sus concepciones acerca del alcance de la jurisprudencia constitucional.

²⁹⁶ GONZALES MANTILLA, Gorki. *Íbid.* p. 25

²⁹⁷ GONZALES MANTILLA, Gorki. *Íbid.* pp.39-43.

²⁹⁸ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013.

²⁹⁹ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013.

El artículo 9 de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y de Amparo del año 1982, establecía que las resoluciones de habeas corpus y de amparo de las que se pudieran desprender principios generales constituirían jurisprudencia obligatoria. Dicha norma fue parcialmente modificada por el Reglamento de la Ley de Amparo, establecido por el Decreto Supremo N° 024-90-JUS y por la Ley N° 23385, en el que se propuso una casación contra denegatorias de habeas corpus y de amparo. A efectos de poder apreciar adecuadamente el primer “prototipo” de precedente constitucional, resulta oportuno citar el referido artículo:

“Artículo 9°.- Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.”

Si se compara la estructura de la jurisprudencia constitucional obligatoria, consagrada por el artículo 9, con la estructura del precedente constitucional vigente, entonces se puede concluir que en lo único que se asemejan es en la vinculatoriedad que promueven. En la primera no existen rastros de la potestad de elegir qué sentencias serán o no precedentes, así como tampoco de la potestad de fijar el extremo normativo. Incluso, su fuerza vinculante parece relativa, toda vez que el propio artículo 9 contempla la posibilidad de que los jueces se aparten de la jurisprudencia; algo que no sucede con el precedente constitucional. Esto puede explicar, tal vez, la baja eficacia que tuvo dicha disposición normativa en nuestro ordenamiento, como reconoce su propio artífice, el Profesor Domingo García Belaúnde³⁰⁰.

Tuvieron que pasar diez años para que se introdujeran cambios importantes en el tratamiento de la jurisprudencia en nuestro sistema legal. A continuación realizaré un recuento y un breve estudio de dichos cambios legislativos que impactaron en el carácter de la jurisprudencia, con especial énfasis en la figura de la casación civil. Así, se llega al punto central del presente acápite, el cual consiste en explicar que la razón por la cual no se produjo un “sismo” de fuertes magnitudes ante la emergencia del precedente constitucional, reside en el hecho de que casi diez años antes de su irrupción, se introdujo la idea de la vinculatoriedad de cierta jurisprudencia. El “elemento alienígena”, relativo a la tradición del *common law*, no solo no cayó del cielo, sino que fue extendiéndose, al menos teóricamente, con varios años de anticipación.

³⁰⁰ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013.

3.1.2. La transformación de la jurisprudencia en los albores del siglo XXI

La primera modificación importante en la jurisprudencia vino de la mano del Código Procesal Civil de 1992, vigente desde el 28 de julio de 1993³⁰¹. Su artículo 400°³⁰² consagró la institución bautizada, en ese entonces, como “doctrina jurisprudencial”. La idea de esta institución es que las salas de la Corte Suprema se reúnan en una Corte de Casación, a efectos de dictar una sentencia que goce de vinculatoriedad respecto de los demás órganos jurisdiccionales del Estado. Los Plenos Casatorios pueden ocurrir tomando en cuenta dos supuestos: (i) prestando atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto; y, (ii) ante el conocimiento de que otra Sala se encuentre interpretando una disposición normativa en un sentido determinado.

En este caso, se entendía que la vinculación al Pleno Casatorio era absoluta debido a que el artículo 386° -ahora modificado- establecía, en ese entonces como causal de casación: “la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial.” Esta disposición normativa establecía nada menos que el carácter del Pleno Casatorio como “parámetro de validez” de las demás sentencias y resoluciones de los órganos del Estado.

Por su parte, el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1993 establece la publicación trimestral de aquellas sentencias de la Corte Suprema que fijen principios jurisprudenciales, revisitiéndolas del carácter de obligatorio cumplimiento en todas las instancias jurisdiccionales. Se espera, de acuerdo al tenor de la propia disposición normativa,

³⁰¹ Como dato importante debe destacarse el hecho de que el Profesor Juan Monroy Gálvez fue Vice-Presidente de la Comisión que redactó el Código Procesal Civil y miembro representante del Poder Ejecutivo ante la Comisión Revisora del Código Procesal Civil.

³⁰² El artículo en mención estipulaba lo siguiente: “Artículo 400°.- Doctrina Jurisprudencial.- Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisprudenciales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”

que sean los propios jueces quienes invoquen dichos principios como precedentes de obligatorio cumplimiento. El texto revela otros detalles que vale la pena analizar:

“Artículo 22°.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.”

El artículo 22° establece, de esta forma, la figura de un precedente de obligatorio cumplimiento que puede ser dejado de lado si se fundamentan las razones que llevan a esta decisión. De ahí que no resulte exagerado sostener que la fuerza vinculante se relativiza por obra del propio texto legal, y que se agudiza por una práctica judicial que no está acostumbrada a seguir la jurisprudencia. Debe notarse que no solo se establece la potestad de que la propia Corte Suprema cambie de precedente (eficacia horizontal), sino que lo hagan los órganos jurisdiccionales inferiores (eficacia vertical); lo cual relativiza profundamente su fuerza vinculante. Sin embargo, debe destacarse también, que a diferencia del precedente constitucional, el artículo 22° no le otorga la facultad a la Corte Suprema de determinar cuál es el extremo normativo vinculante o *ratio decidendi*; siendo tarea de los jueces ordinarios “inferiores” determinar cuáles son esos principios jurisprudenciales.

Antes de pasar a analizar con mayor detenimiento la figura la casación civil, vale la pena mencionar una importante modificación al carácter de la jurisprudencia, esta vez en materia

penal. Se trata de la figura del precedente obligatorio, introducido en el año 2004, a través del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 959, en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. El texto es el siguiente:

“Artículo 301-A.- Precedente obligatorio.-

1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.
2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.”

Si bien esta figura del precedente penal obligatorio mantiene la potestad de la Corte Suprema de apartarse de su propio precedente cuando lo desee, con el requisito de los fundamentos de hecho y de derecho de tal decisión, añade algunas nuevas potestades. La primera es la de seleccionar qué sentencias serán consideradas precedentes y cuáles no, mientras que la segunda y más importante, es el hecho de que se le otorga la facultad, a la Corte Suprema, de determinar el extremo de su efecto normativo.

Esta última característica la asemeja mucho a la figura del precedente constitucional, establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, no cabe hablar de un antecedente institucional del precedente constitucional, debido a que la fecha en la que emergieron estas figuras fue en el mismo año 2004. Un dato interesante respecto a la figura del precedente penal obligatorio es que ha sido considerablemente más utilizada que su par civil. Desde su introducción en el año 2004, se han dictado veintinueve precedentes penales, especificándose en prácticamente todos los casos el extremo normativo, indicando qué fundamentos específicos lo constituían³⁰³.

Regresando al análisis de la casación, resulta importante mencionar que el artículo 400° sufrió una modificación el 28 de mayo del año 2009, a través de la Ley N° 29364. Los principales cambios sufridos fueron tres: (i) el primero es un cambio en la denominación: se abandonó el nombre de “doctrina jurisprudencial” y se adoptó el de “precedente judicial”, (ii) el segundo consiste en la eliminación del requisito de que sea la Sala Plena la que emita el Pleno Casatorio; a partir del 2009 alguna de las Salas Civiles –tanto la permanente como la transitoria- puede convocar a todos los jueces supremos civiles para dictar un precedente; y, (iii) por último, se introdujo el “apartamiento inmotivado del precedente judicial” como causal para interponer el recurso de casación³⁰⁴.

La redacción final del artículo 400° del Código Procesal Civil quedó de la siguiente manera:

“Artículo 400.- Precedente judicial.-

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

³⁰³ Los precedentes pueden ser revisados en la Página web de la Corte Suprema: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_salas_supremas/as_sala_penal_permanente/as_acuerdos_plenarios_y_sentencias_vinculantes_spp

³⁰⁴ Este último cambio se introdujo a través del artículo 386.

Artículo 386.- Causales.- El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”

El hecho de que se modificara la exigencia de que sea la Sala Plena de la Corte Suprema la que deba reunirse para dictar el precedente, y que en su lugar se encargue a alguna de las Salas Civiles el convocar a todos los jueces de dicha materia, fue un paso importante que hizo pensar que era muy posible que la producción de precedentes se incrementase. Entre los años 2007 y 2008 se dictaron dos Plenos Casatorios civiles, las casaciones N° 1465-2007-Cajamarca y N° 2229-2008-Lambayeque, publicadas en el diario oficial “El Peruano”, los días 23 de marzo del 2008 y 22 de agosto del 2009.

Estas fueron las únicas dos casaciones que adquirieron el carácter de “doctrina jurisprudencial” desde que dicha figura fuera instaurada en el año 1993. Esto significa, además, que tuvieron que pasar catorce años para que se dictara el primer Pleno Casatorio. Luego del cambio legislativo, sin embargo, el número de Plenos Casatorios no creció de la manera en la que se esperaba. Así, en el año 2010 se emitió la última casación vinculante, la N° 4664-2010-Puno; mientras que en la jurisdicción constitucional-laboral, se ha emitido solo un Pleno Casatorio al amparo del artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esto hace pensar que el problema de la baja intensidad de la producción de precedentes judiciales de la Corte Suprema no guarda relación, únicamente, con los altos estándares procedimentales que se establecieron, en un inicio, para la jurisdicción civil. Responder a la pregunta concreta de qué ocasiona dicha baja producción merece otra investigación independiente. Basta, por el momento, con advertir que cualquier justificación que apele a la “cultura judicial” a secas, como pauta explicativa, será una explicación facilista y reduccionista³⁰⁵.

³⁰⁵ De hecho, Fernando Liendo Tagle incurre en esta explicación abstracta al tratar de justificar causalmente la baja producción de Plenos Casatorios, basándose en “la cultura judicial”. Uno de sus fundamentos es una cita al Informe Defensorial N° 109, “Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú”. Dicho informe destaca como rasgos de la cultura judicial, los siguientes: “la baja calidad de las resoluciones judiciales, el culto exacerbado a la formalidad, una visión de la función de impartir justicia que desatiende el servicio al ciudadano, la primacía del ejercicio del poder sobre la necesidad de formación y capacitación, el razonamiento positivista de la norma en claro desmedro de otras fuentes del Derecho (...). En: LIENDO TAGLE, Fernando. Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas. Lima:

Para comprender las afinidades y diferencias respecto del precedente constitucional, será de utilidad repasar los fines que persigue la figura de la casación. Es casi unánime la opinión de los especialistas en Derecho Procesal al concluir que la casación civil nació en el contexto de la Revolución Francesa³⁰⁶. Como se sabe, la relación entre los jueces y el *Ancien Régime* era muy cercana. De hecho, los Parlamentos, de los que los jueces eran miembros, rara vez objetaban alguna medida que favorecía a los nobles. Ello debido a que la remuneración que recibían no procedía del gobierno central, sino de los propios litigantes: la nobleza. De manera que cuando triunfó la revolución, resultó razonable temer la ineficacia del “nuevo Derecho”, por omisión en su aplicación por parte de los jueces, aún vinculados a los viejos poderes enemigos de la revolución.

La función de “inspector de la ley”, que cumpliría el Tribunal de Casación instaurado en agosto de 1790, queda fuera de toda duda para Génys; sobre todo, si se toma en cuenta lo dispuesto por el artículo 1° de la ley del 27 de noviembre del mismo año. Dicha disposición establecía que: “(s)e establecerá un Tribunal de Casación cerca del Cuerpo Legislativo”. De esta forma, se puede apreciar que la idea del Tribunal de Casación estaba concebida como un órgano separado del Poder Judicial y como una suerte de prolongación del Poder Legislativo, facultado para inspeccionar la aplicación de la ley³⁰⁷.

Juan Monroy Gálvez describe los cuatro rasgos fundamentales de dicho Tribunal en los siguientes términos. El primer rasgo fundamental tiene que ver con el carácter político de dicho

Ara editores, 2012. pp. 150-151. Aunque las características atribuidas a la “cultura judicial” son muy ilustrativas, no tienen ningún fundamento expreso que las acompañen, razón por la cual, toda explicación que evoque lugares comunes peca de reduccionista.

³⁰⁶ Algunos autores, sin embargo, indican que el primer vestigio de la casación puede apreciarse en Roma. La distinción entre cuestiones de hecho (*quasteio facti*) y cuestiones de derecho (*quaesteio iuris*) hizo posible que se determinara que resultaba más grave el error en la segunda clase de cuestiones, pudiéndose cuestionar la validez de las sentencias que incurrieran en ello. Así, se llegó a establecer que las sentencias con errores de derecho que recaían en una violación directa de la ley (contra *ius constitutionis*), podían ser sancionadas con nulidad, recibiendo el nombre de *nulla sententia*. Por su parte, las sentencias que poseyeran un error en la adjudicación del derecho subjetivo de las partes (contra *ius litigatoris*), ya sea de hecho o de derecho, podían ser impugnadas por los interesados. La razón de esta distinción y de la especial atención por decretar la nulidad de aquellas sentencias que incurrieran en la infracción de la *ius constitutionis* era, de acuerdo a Kohler, una estrategia del Imperio Romano para hacer prevalecer su derecho en los pueblos conquistados. Ese mismo mecanismo sería el usado en la Revolución Francesa, como herramienta para consolidar el nuevo derecho. En: CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961. Tomo I, Vol. 1.p. 82

³⁰⁷ GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Granada: editorial Comares, 2000.pp. 60-61

órgano. El Tribunal no estaba facultado a revisar el fondo de la controversia, por lo tanto, no decidía sobre una cuestión de justicia propiamente dicha. El segundo rasgo es “el reenvío”, que es la figura en virtud de la cual se remitía el expediente de la sentencia declarada nula al juez que la resolvió, con el propósito de que se pronuncie nuevamente. Como tercer rasgo importante se encuentra la facultad que poseía el Tribunal para enviar el caso directamente al Poder Legislativo, cuando se insistiera por tercera vez, en seguir los “erróneos” lineamientos de la primera sentencia casada. El Legislativo debía, en esos casos, dar la “interpretación auténtica” de la ley. Por último, el cuarto rasgo está relacionado a la facultad con la que contaba el Tribunal de solicitar la colaboración del Poder Legislativo ante la duda de cómo interpretar una norma específica. En ese caso, se esperaba que el Legislativo indicase cuál era la interpretación correcta³⁰⁸.

El Profesor Monroy destaca que en el plano nacional, el primer vestigio de la casación puede encontrarse en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, bajo el nombre de “recurso extraordinario de nulidad”³⁰⁹. El artículo 1733° de dicho cuerpo normativo regulaba las causales ante las que procedía dicho recurso, entre la cuales destacaba el “haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa.”³¹⁰ Se reconoce, sin embargo, como modelo inspirador del actual modelo de casación a la propuesta elaborada por Bruno Marchese Quintana, en su tesis para optar por el grado de Bachiller en la PUCP³¹¹. Él esgrimió la necesidad de adoptar de manera expresa la figura de la casación, aunque no se siguieron todas sus propuestas específicas,

³⁰⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación. En: La formación del Proceso Civil Peruano*. Lima: Palestra editores, 2004. pp. 616-617. El Profesor Monroy advierte que estas características obedecen a la primera versión de la casación francesa, la cual ha ido cambiando a lo largo de la historia.

³⁰⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Íbid.* pp.648-649.

³¹⁰ “Código de Enjuiciamientos en Materia Civil. Artículo 1733. Se dá (*sic*) a las partes el remedio del recurso extraordinario de nulidad, contra las sentencias o autos de las cortes de justicia y de los demás tribunales superiores que causan ejecutoria, en los casos siguientes:

1. Por falta de jurisdicción en los jueces, o de personería legítima en las partes.
2. Por ocurrir alguno de los casos del artículo 1649;
3. Por desnaturalizarse la causa, haciéndose ordinaria la que es ejecutiva o sumaria, criminal la que es civil, y viceversa;
4. Por infracción de los artículos constitucionales relativos a la administración de justicia:
5. Por haberse pronunciando la sentencia contra ley expresa.”

³¹¹ MARCHESI QUINTANA, Bruno José Emilio. *La casación de los procesos civiles por la Corte Suprema de Justicia*. Tesis para optar el Grado de Bachiller por la Universidad Católica del Perú. Lima, julio de 1987.

como las de la procedencia del recurso de casación en el supuesto de error de hecho manifiesto o el de incorporar el recurso en interés de la ley, a cargo del Ministerio Público³¹².

Actualmente, el artículo 384° del Código Procesal Civil establece lo siguiente: “El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.” Así, la casación es concebida como un recurso extraordinario destinado a controlar los errores de derecho en la actividad judicial, en el contexto del enjuiciamiento sobre el fondo. La Corte Suprema ha sido, de esta forma, contemplada por algunos abogados como una tercera instancia que cuenta con las facultades de anular las sentencias que incurren en “errores de derecho”.

Esta institución jurídica, al afirmar como objetivo la uniformidad de la jurisprudencia a través de la “corrección” de los errores del derecho objetivo, asume como creencia necesaria, el hecho de que se puede arribar a una respuesta correcta. Más importante aún, se adopta la creencia de que es plenamente identificable el sentido interpretativo correcto de una disposición jurídica. Esto no es un dato adjetivo, sino sustancial. La jueza y Profesora de Derecho Procesal, Marianella Ledesma Narváez, critica el énfasis puesto por el artículo 384° en la correcta aplicación en “el caso concreto”. Ello haría pensar que el fin de la casación es el caso mismo y no la adecuada aplicación del derecho³¹³. Así, se aprecia una fuerte preferencia por el respeto de “la respuesta correcta abstracta”, aquella que se ubica más allá del caso en concreto. En el acápite dedicado a la estructura del precedente constitucional explicaré cómo esta visión del razonamiento judicial termina por socavar la legitimidad judicial misma.

A estas alturas resulta importante diferenciar las figuras de la casación (artículo 384°) y la del precedente judicial (artículo 400°). Si bien esta última se diferencia de la primera en su grado de vinculatoriedad, comparte con aquella su vocación por proteger y establecer el “verdadero” sentido del Derecho objetivo. Además, ambas figuras procuran desarrollar la uniformidad de la jurisprudencia, sentando criterios interpretativos que disipen frecuentes dudas o aplicaciones “erróneas” del Derecho.

³¹² Quien rescata este aporte y estudia su impacto en la configuración de nuestro modelo de casación es Juan Monroy. En: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Íbid.* pp. 656-657.

³¹³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, cuarta edición. p. 809

Sin embargo, parece ser que la preocupación por garantizar la uniformidad jurisprudencial solo se da en el caso del precedente judicial; aunque ciertamente el número de sentencias es tan bajo que esta conclusión resulta algo apresurada. Lo que sí se puede afirmar, es que dicha función está lejos de cumplirse en el terreno de la casación persuasiva (artículo 384°). En una de las más completas investigaciones en nuestro medio acerca del precedente judicial en el Perú³¹⁴, Fernando Liendo Tagle reproduce un estudio de caso realizado aleatoriamente por él, que confirma las recurrentes contradicciones en las que incurren las casaciones civiles en nuestro medio. A manera de ejemplo, destacan las siguientes:

“- Casación N° 3147-98 declara que no es causal de contradicción del mandato ejecutivo el pago parcial de la deuda, mientras la Casación N° 1123-2000 establece que el pago parcial de la deuda puede ser causal del mandato ejecutivo.

- Casación N° 935-99 dispone que no cabe discutir en un proceso de otorgamiento de escritura pública el cumplimiento de las obligaciones de las partes, *mientras* la Casación N° 118-2000 establece que para amparar una demanda de otorgamiento de escritura pública, previamente debe establecerse en la vía correspondiente el cumplimiento de las obligaciones.

- Casación N° 3322-2000 establece que no procede el recurso de casación respecto al pago de costas y costos del proceso, pues se trata de un asunto accesorio, *mientras* la Casación N° 3742-2000 declara que se incurre en vulneración de las normas que garantizan el debido proceso, al haberse condenado indebidamente al pago de costas y costos.³¹⁵

-

De otro lado, si bien la emergencia de la casación se explica por el contexto político que la determinó como una de las salidas jurídicas viables en la Francia post-revolucionaria, existe otra dimensión sin la cual no puede comprenderse. Se trata de la dimensión discursiva que identifica la generalidad y abstracción de la ley con la voluntad general del pueblo (por lo tanto era una disposición suprema, dotada de una legitimidad especial) y confía en que su resguardo, casi literal, contribuye a dotar de certeza y previsibilidad al Derecho.

³¹⁴ LIENDO TAGLE, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas*. Lima: Ara editores, 2012.

³¹⁵ LIENDO TAGLE, Fernando. *Ibid.* pp. 76-77.

De acuerdo a Carlos Glave³¹⁶, el viejo modelo de casación, inspirado en el contexto institucional del Estado de Derecho (legal), debe ser reexaminado a la luz del Estado de Derecho Constitucional, el cual se distingue por colocar a la Constitución como elemento de medición y evaluación de la ley que ha perdido su fuerza totalizadora frente a las nuevas exigencias de la modernidad: cada vez hay leyes más especializadas y fragmentadas, las cuales resultan no-aplicables a todos por igual. Aunque considera que debe abandonarse cualquier aplicación “positivista” del Derecho³¹⁷, remarca que los principios establecidos en la Constitución deben marcar un nuevo derrotero como pauta mediadora que ayude a la Corte Suprema al momento de aplicar la figura de la casación³¹⁸. Con todo ello, no se deja de lado la creencia de que es posible encontrar una respuesta correcta, ni un único sentido interpretativo verdadero.

Esta creencia en resguardar la correcta y verdadera aplicación de la ley fue recogida por los procesalistas, bajo el nombre de función “nomofiláctica” de la casación. La idea es que a través de la corrección de la interpretación jurídica sobre el derecho objetivo, se coadyuva a restaurar el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico, y junto a ello, se lograría la uniformidad de la jurisprudencia. La incorporación de la variable de los principios en la función “nomofiláctica”, ha ocasionado que juristas como Michele Taruffo reafirmen la ausencia de cánones objetivos de determinación del significado de la ley, abogando por una solución casatoria que incorpore “una justificación fundada en buenas razones”, en lugar de un cálculo conceptual³¹⁹.

³¹⁶ GLAVE MÁVILA, Carlos. *El recurso de Casación en el Perú*. En: Revista Derecho & Sociedad N° 38, 2012.pp. 105-106.

³¹⁷ Aquí el autor hace referencia al impacto que los principios han ocasionado en la aplicación de las normas jurídicas y en el razonamiento judicial. Sin embargo, suele suceder que el reclamo por abandonar el “positivismo” en el nuevo contexto del Estado Constitucional no va acompañado de un procedimiento que indique cómo abandonarlo exactamente. Sobre todo, cuando los principios en nombre de los cuáles se les exige abandonar a los jueces esa visión “positivista”, son principios constitucionales positivizados.

³¹⁸ El propio autor deja constancia de que su objetivo es el de “poner sobre la mesa”, “la necesidad de considerar como punto central de la función de la Corte Suprema el análisis de la validez constitucional de las resoluciones jurisdiccionales que son sometidas a su revisión por medio del recurso de casación.”. En: GLAVE MAVILA, Carlos. *Íbid.*p. 109. Este es, sin duda, un aporte fundamental en la discusión académica en torno a la figura de la casación.

³¹⁹ TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*. Biblioteca de Derecho Procesal. Lima: Palestra editores. p. 141. De hecho, Carlos Glave cita estas ideas de Tarffo, por lo que reconoce y acepta los límites de la interpretación de la ley. Ello no implica el abandono de la creencia de la respuesta correcta que deberá ser tutelada por la casación, solo cambia los alcances procedimentales en el razonamiento judicial.

La función “nomofiláctica”, que se traduce a su vez en la preocupación por la uniformidad de la jurisprudencia, devino de acuerdo a Michele Taruffo³²⁰, en el ámbito del *civil law*, en la exaltación de la casación como un mecanismo de reducción de la carga procesal. En el *common law*, por el contrario, y esto ha sido analizado y constatado en los apartados precedentes, el acento ha estado puesto siempre sobre el principio de igualdad ante el Derecho. De manera que para Taruffo es posible observar cómo muchos abogados ni siquiera mencionan al principio de igualdad, abriendo una brecha importante con respecto a la práctica del precedente del *common law*. Más adelante expondré cómo eso efectivamente sucede en nuestro medio, aunque no en base a la apelación a la reducción de carga procesal, sino a la exaltación de la figura de la seguridad jurídica.

Taruffo sostiene, además, que un precedente se distingue de las máximas que emanan de la casación italiana por la atención que el primero coloca sobre los hechos del caso. Para el Profesor italiano, en el sistema de casación puro, el juez no se ocupa de los hechos del caso, solo del “derecho puro”. Cabe advertir que, cuando se leen las máximas italianas, no se hace referencia a los hechos. Sin perjuicio de esa distinción relevante, es conveniente recordar que aún en los casos en los cuales la discusión versa sobre “puro derecho”, resulta inverosímil que se llegue a distinguir un determinado sentido interpretativo de una ley sin alguna referencia a los hechos del caso.

El acento que coloca Taruffo es sobre un modelo de máximas que se desconecta del resto de los elementos casuísticos –incluidos los factuales–; haciendo por lo tanto, imposible cualquier comparación con el precedente del *common law*³²¹. Esto mismo sucede, aunque en otra escala, con el precedente constitucional, como se verá más adelante.

De las advertencias expuestas por Taruffo se pueden identificar ciertos criterios analíticos importantes para distinguir un precedente judicial, de la figura de la jurisprudencia vinculante. El

³²⁰ TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas del Civil Law*. En: Revista *ius et veritas* N° 45, diciembre 2012.p. 91

³²¹ En palabras del propio Taruffo: “Con las máximas de la casación italiana no lo sabemos, es decir, uno lee la máximas de la casación italiana no lo sabemos, es decir, uno lee la máxima con el número de la sentencia en la cual el juez habló así y no puede establecer si esta es la *ratio decidendi* real o si se está leyendo la sentencia en el mismo texto original; porque, en sí misma, la máxima, como ha dicho un comparatista bien conocido, puede ser mentirosa, no se corresponde a la razón de la decisión del caso.” TARUFFO, Michele. *Íbid.* p. 94

siguiente cuadro sintetiza una propuesta analítica para comprender el rol gravitante de los hechos en el razonamiento judicial:

| | Se resuelve un caso | Se estable(n) regla(s) que explica(n) la decisión | Los hechos son condición necesaria para aprehender las reglas |
|----------------------------------|---------------------|---------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| Precedente Judicial | X | X | X |
| Jurisprudencia Vinculante | X | X | |

Elaboración: propia.

La diferencia, como sostuve, se encuentra en el rol que cumplen los hechos al momento de comprender el producto jurisdiccional que vincula a los demás órganos judiciales. Aún cuando una casación resuelva un caso concreto y establezca pautas interpretativas a modo de reglas vinculantes, la exposición de tales reglas podrá entenderse desvinculándolas de los hechos del caso; algo que resulta impensable en el caso del precedente del *common law*. Como se verá más adelante, lo mismo sucede con el precedente constitucional. Su estructura no solo ha hecho posible, sino que ha incentivado una comprensión del extremo normativo vinculante descontextualizada de los hechos que le dan (o deberían dar) sentido.

La separación de la regla casuística y de los hechos que componen el caso es algo que sucede en el precedente judicial civil. Este rasgo se exagera a través de la configuración del apartado vinculante bajo la estructura formal de una ley. Ello ocurre desde el Primer Pleno Casatorio del año 2007 (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), en un interesante caso en el que se analizaron los alcances de la falta de homologación judicial de una transacción extrajudicial. El caso planteado ante la Corte Suprema de Justicia responde a la demanda de indemnización, por un monto total de un millón ochocientos mil dólares, planteada por Giovanna Angélica Quiroz Villaty contra la Empresa Minera Yanacocha S.R.L.

En un tristemente célebre incidente, el camión de la empresa Ransa Comercial S.A., que transportaba mercurio para la empresa Yanacocha, se volcó en el centro poblado de San Juan,

en el departamento de Cajamarca, el día 2 de junio del año 2000. Como consecuencia del accidente, muchos pobladores, dentro de los cuales se encontraba la demandante y sus hijos, recolectaron el mineral y se lo llevaron a sus casas ignorando los graves riesgos a la salud que esto implicaba. Días después, la empresa Yanacocha adoptó la política de pagar a los pobladores de San Juan por la entrega del mercurio derramado.

Cuando el caso llegó ante la instancia de la Corte Superior de Cajamarca, la empresa Yanacocha esgrimió como excepción de conclusión del proceso los acuerdos de transacción extrajudicial celebrados con la demandante y sus hijos, en el mes de setiembre del año 2000. Dichos acuerdos por indemnización ascendieron, en un inicio, a alrededor de treinta y tres mil soles, siendo duplicado el monto el 4 de noviembre del mismo año. El fundamento positivo de dicha excepción se encontraba en el artículo 1302° del Código Civil, el mismo que establece que las transacciones extrajudiciales tienen el valor de cosa juzgada.

Giovanna Quiroz argumentó, por su parte, que dicha excepción carecía de fundamentos debido a que las transacciones judiciales no podían serle oponibles. Para fundamentar ello, sostuvo que las mismas no pusieron fin a ningún proceso judicial y que tampoco fueron homologadas por ningún juez. Además, enfatizó el hecho de que los alcances de dichos acuerdos debían ser entendidos como nulos debido a que en ellos se dispuso sobre bienes jurídicos extrapatrimoniales, como la salud. Por último hizo referencia a que el resultado de dichos acuerdos era injusto debido a la enorme diferencia entre las partes y el apremiante estado de necesidad en el que se encontraba.

La Corte Suprema analizó cada uno de estos argumentos a lo largo de la sentencia, algunos ciertamente con mayor detenimiento que otros. Este, sin embargo, no es el espacio para analizar la corrección de la decisión, ni la corrección del razonamiento judicial que siguió la Corte. Lo que resulta fundamental es exponer la manera en la que se dictó la “doctrina jurisprudencial”. Esto es, la manera en la que se externalizó la parte vinculante de la sentencia. En la parte correspondiente al “fallo”, la Corte Suprema redactó lo siguiente:

“b).- DECLARA QUE CONSTITUYEN DOCTRINA JURISPRUDENCIAL los siguientes precedentes vinculantes:

1.- La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446° e inciso 4 del

artículo 453° del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente de acuerdo a ley. (...)"

El mecanismo empleado por la Corte Suprema para la externalización de lo que ella denomina “el precedente vinculante” (queriendo hacer referencia a la *ratio decidendi*), es más que similar al formato de una ley. La redacción no deja mucho a la imaginación, se trata de una transcripción en formato de regla, de aquél extremo que vinculará a todos los jueces. Es aquí donde las distancias respecto al precedente del *common law* se abren de manera irreconciliable. Simplemente no cabe que el juez aplique el razonamiento de la analogía porque la conexión entre los hechos y la *ratio decidendi* se borra, difuminándose toda necesidad de reconstrucción de las razones que sostienen a la decisión.

Si bien es indiscutible que la idea de la abstracción y de la generalidad del fraseo de la ley es algo que responde a la tradición del *civil law*, cuyos orígenes, como hemos visto, se remontan a Leibniz, debe evitarse la tentación de explicar esta política judicial apelando a la igualmente abstracta idea de la cultura judicial del *civil law*. Deberá hurgarse en los motivos, en los intereses y en el contexto político mismo para determinar lo que terminó por propiciar la emergencia del precedente judicial en esa exacta forma. Eso, nuevamente, es algo que excede a la presente investigación.

Con ello no pretendo sostener que las ideas acerca de la estructura formal de las leyes, relativas a la tradición del *civil law* no hayan jugado ningún rol. Sin duda lo hicieron a un nivel fundamental: dichas ideas fueron la condición de posibilidad jurídico-epistémica para que los magistrados de la Corte Suprema se decantaran por dicha alternativa. En otras palabras, si bien no se puede afirmar que en sí mismas explican la elección de la política judicial, sí constituyeron la pre-condición para que pudieran imaginarse esa salida. Fueron parte constitutiva de “lo imaginable”, jurídicamente hablando.

3.2. El contexto de recepción del precedente constitucional

El objetivo del presente acápite no se centra en realizar un examen crítico que involucre un compromiso con el mejor resultado posible respecto de la estructura del precedente. Si bien es cierto, se observarán algunas críticas en función al modelo que finalmente adoptó el precedente constitucional peruano, el rol que ocuparán será secundario y me encargaré de hacer el anuncio de que se está entrando en terreno externo comprometido con el resultado oportunamente.

La idea central es desnudar los rasgos que definen al precedente constitucional peruano. La premisa de la que parto es que vale la pena dedicarle algunas líneas importantes al estudio del contexto de su aparición en el ordenamiento, así como a la calidad de recepción que tuvo entre los académicos. Estamos, después de todo, frente a un precedente que posee dos rasgos que lo distinguen de cualquier otra figura similar: (i) el carácter de precedente vinculante es adjudicado a voluntad del Tribunal Constitucional, respecto de los casos que mejor le parezcan; y, (ii) el Tribunal Constitucional tiene la potestad de seleccionar y muchas veces, de reescribir cuál es el extremo normativo que vincula a los demás jueces.

3.2.1. Inocencia interrumpida: los inicios de la justicia constitucional peruana

Sería un despropósito revisar, en esta investigación, el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a través de la historia de la República; sin embargo, pueden formularse algunos apuntes previos de cara a analizar con relativa profundidad los años inmediatamente anteriores a la recepción del Código Procesal Constitucional y, por supuesto con él, el artículo VII del Título Preliminar que contiene la figura del precedente constitucional.

Aunque en la Constitución Bolivariana de 1826 se otorgó al Senado la función de proteger a la Constitución, lo cual también puede observarse estipulado en las Constituciones de 1828, 1834 y 1839, estas funciones no fueron desarrolladas en deberes específicos al interior de ningún procedimiento delimitado. Por esta razón, como advierte el ex Presidente del Tribunal Constitucional peruano, el Profesor César Landa³²², recién puede observarse una clara

³²² LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Cuaderno de Trabajo N° 20. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p.7.

diposición constitucional que instaura la supremacía constitucional en el artículo 10 de la Constitución liberal de 1856³²³.

Los principales cambios en materia de tutela de los derechos vinculados al espectro de lo que hoy se conoce como libertades civiles, ocurren en la transición entre el siglo XIX y los inicios del siglo XX. Así, tenemos que la primera Ley de Hábeas Corpus data del año 1897, mientras que la aplicación de radio de protección jurídica viene a través de la promulgación de la Ley N° 2223 de 1926³²⁴. La incorporación de dicho proceso como parte integrante de una Constitución se llevó a cabo a través del artículo 24° de la Constitución de 1920³²⁵.

Aunque se tuvo la intención de incorporar el control de constitucionalidad de las leyes en la Constitución de 1933, al final se desestimó el Proyecto elaborado por la Comisión Villarán³²⁶ y se mantuvo el control político de las normas a través de su artículo 26, el cual establecía literalmente, que podían “interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución.”³²⁷

Un fenómeno interesante se produjo desde la década de 1930 respecto del control constitucional difuso en el ordenamiento jurídico peruano. En aquella época fue la legislación civil la que brindó a los jueces el deber de preferir las normas constitucionales por encima de las legales cuando hubiera alguna contradicción. Como destaca el Profesor Landa, a pesar de

³²³ Constitución de 1856. Artículo 10.- Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicos, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes.

³²⁴ De acuerdo a una investigación llevada a cabo por el Profesor Domingo García Belaúnde, entre los años 1897 y 1973 se consignaron un total de 264 sentencias en materia de Habeas Corpus. Si se compara dicha cantidad de sentencias, producida en el lapso de 100 años, con la producida en 4 años por el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1982, que asciende a 1, 039, entonces se podrá percibir mejor el impacto de este último Tribunal en la historia constitucional peruana. En: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El habeas corpus interpretado*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú –Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

³²⁵ Constitución de 1920. Artículo 24.- Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo en todo caso se puesto, el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiere.

La persona aprehendida o cualquiera otra podrá interponer conforme a la ley el recurso de Habeas Corpus por prisión indebida.

³²⁶ VILLARÁN, Manuel Vicente. *Ante-proyecto de Constitución de 1931*. pp. 72-157. Citado por: LANDA, César. *Op.cit.*

³²⁷ Constitución de 1933, artículo 26°.

que en el Código Civil de 1936³²⁸ se estableciera dicho deber su aplicación fue prácticamente nula, debido probablemente a que la ley no fue precisada y a los ojos de los jueces de esa época, contenía un enunciado demasiado vago y extraño respecto de su manera de percibir la aplicabilidad de la ley³²⁹. Fue recién en el año 1962, que la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció en su artículo 8° el control difuso de las normas legales, el cual, sin embargo, tampoco fue usado de manera regular.

La jurisdicción constitucional, propiamente dicha, vio la luz en el Perú luego de una marcada etapa dictatorial entre los años 1968 y 1979³³⁰. Con la nueva Constitución de 1979 se estableció un modelo de jurisdicción constitucional concentrada, siguiendo el modelo español de la Segunda República. El desempeño que tuvo el Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurado a través de dicha Constitución y la suerte final que corrió a manos de Fujimori, quien lo clausuró en abril de 1992, llevan a César Landa a concluir que, aunque el intento inicial haya sido el de dotar de verdadero poder jurisdiccional que genere un contrapeso institucional respecto del Legislativo, la marcada tradición presidencialista que recorre la historia del Perú hizo que dicha institución terminara adquiriendo un poder más simbólico que material³³¹.

El Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante, TGC), se mantuvo en funciones desde el 19 de noviembre de 1982 hasta el 5 abril de 1992. Algunos investigadores han optado por evaluar el desempeño del Tribunal en dos etapas, tomando como criterio de distinción el cambio de gobierno que instaló en el poder a Alberto Fujimori. De esta manera, se analizan de un lado, los ocho años desde 1982 hasta 1990, los cuales abarcan los gobiernos de Fernando Belaúnde Terry y de Alan García, mientras que de otro, se analizan los dos años correspondientes al período de 1990-1992, relativos al gobierno fujimorista.

La Constitución de 1979 dotaba de dos funciones principales al TGC en su artículo 268³³². De acuerdo a la primera función, el TGC podía declarar la inconstitucionalidad total o parcial de las

³²⁸ Código Civil de 1936. Artículo XXII del Título Preliminar.- Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera.”

³²⁹ LANDA, César. *Op.cit.*p. 8

³³⁰ Este período involucra los gobiernos dictatoriales de los militares Juan Velasco Alvarado (1969-1975) y Francisco Morales Bermúdez (1975-1979).

³³¹ LANDA, César. *Op.cit.* p. 9.

³³² Constitución Política de 1979. Artículo 298.- El Tribunal de Garantía tiene jurisdicción en todo territorio de la República. Es competente para:

normas con rango de ley, mientras que de conformidad con la segunda función, podía resolver en vía de casación las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus y de acción de amparo.

Hay una excelente investigación acerca de la eficacia de las acciones de garantía constitucional, realizada por el Profesor Francisco Eguiguren, que arroja importantes resultados³³³. De acuerdo a dicha investigación, entre enero de 1983 y diciembre de 1987, se resolvieron 1, 039 sentencias en materia de Habeas Corpus. Sin embargo, se observa que desde el año 1986 el número de sentencias desciende dramáticamente de 244 a 109, lo cual de acuerdo al autor, puede explicarse por la declaratoria del estado de emergencia establecida por el gobierno de Alan García en varias zonas a consecuencia del terrorismo; o por el desinterés de la ciudadanía en recurrir a la justicia constitucional dado el muy bajo porcentaje de resoluciones fundadas que se dictaban. Lo importante de estos datos reside en que constatan un momento único en nuestra República: el uso, cada vez más masivo, de vías procesales constitucionales para proteger derechos fundamentales³³⁴.

Respecto de la eficacia del otro proceso constitucional fundamental, el amparo, Francisco Eguiguren considera útil dividir en dos períodos su análisis. Un primer período abarca los años que van desde 1982, cuando entra en vigencia la Ley N° 23506, la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, que como se vió también introdujo la primera idea de precedente obligatorio, hasta mediados de 1987. El segundo período abarca los años que van desde el segundo semestre 1987, momento en el que el gobierno aprista intentó estatizar la banca, hasta el año 1989.

Respecto a ese primer período, entre el año 1983 y 1986 se resolvieron 1, 832 acciones de amparo, de las cuales casi el 60% de ellas se interpusieron contra sentencias judiciales. El segundo grupo de acciones de amparo más imponente se dirigió para defender el derecho a la

1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo y,

2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial.

³³³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Desarrollo y vigencia de los derechos y garantías en diez años de régimen constitucional (1980-90)*. En: Revista Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 42, 1989.p. 131

³³⁴ Hay, sin embargo, una acotación fundamental que realiza Francisco Eguiguren. Si bien el número de resoluciones en materia de habeas corpus en esos cuatro años es más del triple de las resoluciones en los 100 años anteriores, la cantidad es muy baja si se compara con el número de detenciones arbitrarias que se sufrió durante dicha época, que era la época del terrorismo.

propiedad, mientras que el tercer lugar lo ocupó la tutela de derechos laborales³³⁵. El segundo período, marcado por el intento del gobierno apritsa de estatizar la banca, generó una proliferación de acciones de amparo que terminaron por politizar el uso de dicha herramienta, por transformarse en el espacio institucional en el que se desplegaron los intentos de defensa de intereses empresariales a través de distintas estrategias. Como recuerdo Francisco Eguiguren, incluso se llegó a interponer una acción de amparo contra un proyecto de ley (ciertamente el proyecto sobre la estatización de la banca), solicitándole al juez de la causa que prohibiera a los congresistas aprobar dicha ley³³⁶.

Este “despertar” de las acciones de garantía constitucional, si bien es cierto tímido si se toma en cuenta el contexto de terrorismo y de abuso de la fuerza estatal que se vivió en dichos años, contrasta con la tímida actividad que tuvo el TGC en materia de tutela de derechos fundamentales. Durante los diez años que estuvo ejerciendo sus funciones jurisdiccionales, resolvió un total de 494 sentencias en materia de casación de amparo y 83 sentencias en materia de habeas corpus³³⁷. Si ya estos números parecen sumamente bajos para el contexto social que se vivió durante esa época, el porcentaje de sentencias que se casaron, efectivamente, deja mucho qué desear. El siguiente cuadro muestra los resultados:

| Resoluciones sobre las Acciones de Amparo y de Habeas Corpus (1982-1992) | | | | |
|---------------------------------------------------------------------------------|----------------|-------------------|-------------------------|--------------|
| Acciones de Garantía | Casadas | No-Casadas | Pronunciamientos | Total |
| AMPAROS | 89 (18%) | 377 (76.4%) | 27 (5.4%) | 493 |
| HABEAS CORPUS | 08 (9.6%) | 67 (80.7%) | 08 (9.6%) | 83 |
| TOTALES | 97 (16.8%) | 444 (77%) | 35 (6%) | 576 |

Fuente: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Diario Oficial El Peruano y GUILLÉN FERNÁNDEZ, Gabriela. Tribunal de Garantías Constitucionales: Información Estadística. En: *Ius et Praxis*, N° 17. Lima, 1991.

Elaboración: LANDA, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra editores, 2003.p. 159

Más allá de que no se pueda acceder al determinante análisis cualitativo de las sentencias en cuestión a efectos de determinar si la baja proporción de sentencias casadas es un grave error

³³⁵ RUBIO, Marcial, EGUIGURE, Francisco y Samuel Abad. *Evaluación de cuatro años de hábeas corpus y amparo en el Perú: 1983-1986*. Citado por: EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Op.cit.*p. 133

³³⁶ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Op.cit.*p. 138

³³⁷ Datos provenientes de la investigación de Gabriela Guillén, en: GUILLÉN FERNÁNDEZ, Gabriela. *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*. En: *Ius et Praxis*, N° 17. Lima, 1991.

de la justicia constitucional, el número resulta tan escandalosamente ínfimo, que la conclusión de que el TGC actuó temerosamente no parece ser una exageración. La actitud timorata del TGC no puede ser explicada causalmente en esta investigación, pero puede tejerse la hipótesis de que algunas creencias compartidas acerca del “modelo de jurisdicción constitucional”, ciertamente un modelo conservador, fueron determinantes para explicar dicho proceder. Esta creencia puede encontrar la forma de síntoma en las siguientes palabras del ex magistrado del TGC, Mario Peláez Bazán, quien defiende:

“(…) el absoluto respeto a la “santidad de la cosa juzgada” por obvias razones. Fundamentalmente, en resguardo del ordenamiento jurídico-legal establecido. Pues, si una resolución ha quedado ejecutoriada y, por tanto, ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no cabe, -ni cabría-, ni siquiera intentar su revisión, mucho menos impedir ni oponerse a su cumplimiento so-pretérito de hacer valer una acción de amparo en favor de un pretendido Derecho constitucional supuestamente violado, porque tal como estamos organizados jurídicamente, si aquello se permitiera no habría firmeza en ninguna resolución de ese grado y estado y, por consiguiente, tampoco estabilidad legal, económica y social. Devendría la frustración de todos los derechos y garantías. Vale decir, el caos total.³³⁸”

En materia de control constitucional de las normas con rango legal, el panorama no fue muy distinto, entre otras cosas, debido a la exigencia que establecía el artículo 8° la Ley Orgánica del TGC, según el cual, solo podía declararse inconstitucional una ley si se contaba con seis votos conformes de los nueve magistrados. De acuerdo a la investigación realizada por Juan Jiménez Mayor, durante el tiempo en que se mantuvo vigente la Constitución de 1979, se promulgaron 2200 leyes, por parte del Congreso de la República; 767 decretos legislativos; y, 2262 decretos de urgencia presidenciales que gozaron de fuerza de ley³³⁹.

Un dato fundamental a tomar en cuenta de cara al análisis del funcionamiento del TGC viene dado por César Landa: durante la década que el TGC ejerció sus funciones jurisdiccionales

³³⁸ PALÁEZ BAZÁN, Mario. *Hacia la justicia constitucional (El Tribunal de Garantías Constitucionales) Órgano de Control de la Ley Fundamental*. Lima: s/e, 1984.p. 25 Citado por: LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. *Op.cit.* pp. 159-160.

³³⁹ JIMÉNEZ MAYOR, Juan. *Las relaciones parlamento-ejecutivo y el sistema legislativo, algunas explicaciones en torno a la crisis política peruana*. En: *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC. Lima, 1994.p. 150. Cabe precisar que ese lapso de tiempo cubre los gobiernos de Belaúnde (1980-1985), Alan García (1985-1990) y Fujimori (1990-1992).

solo se emitieron 15 sentencias de inconstitucionalidad, sobre las ínfimas 28 demandas por acción de inconstitucionalidad recibidas³⁴⁰. El contraste se hace mucho más notorio si se menciona que de un total de 5229 normas con rango legal, solo 5 de ellas fueron declaradas inconstitucional. Una de las explicaciones satisfactorias que se han esbozado respecto de este, casi impercible, ejercicio jurisdiccional de control constitucional recae sobre el exagerado requisito de cincuenta mil firmas de ciudadanos para interponer una acción de inconstitucionalidad. Ello no quita de vista el hecho de que quienes sí gozaban con legitimidad procesal para hacerlo no lo hayan hecho, como era el caso de los Presidentes de la República y de la Corte Suprema de Justicia³⁴¹.

Si bien la actuación del TGC en materia de protección o tutela de derechos fundamentales así como en materia de control de constitucionalidad de las leyes, puede describirse como “tímida”, es importante reconocer que sí tuvo un rol, un tanto “más activo”, durante los dos primeros años del gobierno de Alberto Fujimori, en los que desempeñó una función de “protección” del modelo de Estado Social que consagraba la Carta de 1979. Dicha Constitución llamó la atención, desde sus inicios, por la importante extensión que le confirió al apartado económico; al punto que algunos constitucionalistas como Domingo García Belaúnde sostienen que, a diferencia de lo que ocurre con las tradicionales constituciones que comportan una parte dogmática y otra orgánica, esta incluye además, una parte a la que denomina “constitución económica”³⁴².

Mucho se ha escrito acerca de las diferencias respecto al modelo económico instaurado en la Constitución de 1979 y en la posterior y vigente Constitución de 1993. Ciertamente, este no es el lugar para continuar dicha discusión, por lo que solo me limitaré a traer a colación algunas características de la primera constitución, con el propósito de que se entienda mejor el rol que jugó el TGC cuando cuestionó algunas leyes en materia económica promulgadas por el gobierno de Alberto Fujimori. Dentro de las características más importantes que contrastan con la Constitución de 1993 puede mencionarse un enunciado de carácter aspiracional que es recogido como principio en el artículo 110° de la Constitución de 1979:

³⁴⁰ LANDA, César. *Op.cit.*p. 155

³⁴¹ Al respecto léase: ORTECHO, Víctor Julio. Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994. Citado por: LANDA, César. *Op.cit.* p. 156

³⁴² GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*. En: Revista Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 42, 1989.p. 93

“El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.”

Aunque, contrariamente a lo que muchos podrían pensar, algunos autores sostuvieron respecto de aquel régimen económico, que era uno contradictorio por los fuertes matices liberales y favorecedores del “gran capital nacional y extranjero”³⁴³, es innegable que su diseño institucional promovía y permitía una mayor incidencia del Estado, como actor activo, en la economía nacional. Francisco Eguiguren señala que se trata de una intervención económica moderada que quedaba facultada a ejercer actividad empresarial para promover la economía del país (artículo 113^{o344}) y a desarrollar actividades productivas si una ley así lo facultaba (artículo 114^{o345}).

Con la llegada al poder del gobierno fujimorista el rumbo económico del Perú cambió drásticamente. Si bien analizaré los principales cambios de política económica introducidos en los primeros años de los 90 y su impacto en el Derecho en el último apartado de la investigación, vale la pena recordar la actuación del TGC respecto a algunas leyes introducidas en aquellos años. Una de las primeras medidas adoptadas en materia económica que colisionó con la defensa de los derechos laborales fue la promulgación del Decreto Supremo N° 057-90-TR, el cual limitó el incremento de los salarios y la mejora de condiciones laborales para las negociaciones colectivas. Asimismo, el Decreto Legislativo N° 718 creó el sistema privado de pensiones y el Decreto Legislativo N° 727 hizo lo propio con las administradoras de fondos de pensiones. Por su parte, la flexibilización del mercado laboral fue uno de los objetivos centrales

³⁴³ Al respecto léase: RUBIO, Marcial y Enrique Bernales. *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa redonda, 1988. p. 629

³⁴⁴ Constitución Política de 1979. Artículo 113.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

³⁴⁵ Constitución Política de 1979. Artículo 114.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades a favor de los peruanos.

del gobierno fujimorista, razón por la cual el mismo D.L. N° 727 contenía una provisión que eliminó la estabilidad laboral.

Como consecuencia de esta reforma económica a punta de decretos legislativos, se interpusieron quince acciones de inconstitucionalidad, de las cuales la mayoría las interpuso la oposición. El TGC solo se pronunció sobre cinco de estas acciones, debido a que el 5 de abril de 1992 fue clausurado producto del auto-golpe de Alberto Fujimori. Solo en el caso de cuatro sentencias el TGC se pronunció sobre el fondo, pues debió rechazar como inadmisibles una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra un decreto de urgencia. De acuerdo a César Landa, respecto de las cuatro sentencias en las que el TGC se llegó a pronunciar, en tres de ellas declaró fundadas las acciones, aunque finalmente las desestimó por cuestiones de forma, mientras que respecto de la última solo pudo emitir un pronunciamiento pues no llegó a conseguir los votos que requería de acuerdo al artículo 8 de su Ley Orgánica³⁴⁶.

Esto explica muy bien por qué, durante el pronunciamiento de su mensaje a la nación del 5 de abril, Alberto Fujimori hizo hincapié en que la “descomposición de la institucionalidad” de aquel entonces fue la culpable de frenar el programa de reformas, dentro del cual se encontraba el control de la hiperinflación, la reinserción del Perú en el ámbito financiero internacional y la construcción de un clima de confianza que atrayera a los inversionistas³⁴⁷. Tampoco dudó en aprovechar el contexto para señalar, de manera directa, como responsables, a la “inoperancia del Parlamento”, la “corrupción del Poder Judicial” y la conjura encubierta contra el gobierno de algunas cúpulas partidarias.

Fujimori trató de justificar su golpe de Estado a través de las supuestas barreras y obstáculos políticos e institucionales que frenaban su programa de reformas sociales y económicas³⁴⁸. Aunque en el discurso no mencionó la clausura del TGC –lo que en efecto se produciría³⁴⁹–, como sí mencionó la disolución del Parlamento, sí adelantó que lo reorganizaría, junto con

³⁴⁶ LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Op.cit.p. 122.

³⁴⁷ FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. Mensaje a la nación del 5 de abril de 1992.p. 1

³⁴⁸ Resulta muy ilustrativo la forma exacta en la que lo comunicó: “El Perú se ha jugado en estos veinte meses su destino, pero se lo seguirá jugando en el futuro pues la reconstrucción del país recién empieza. El gobierno es consciente de la necesidad histórica de eliminar todas las resistencias y frenos a este proceso de reconstrucción.” FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. Mensaje a la nación del 5 de abril de 1992.p. 3

³⁴⁹ La clausura del Tribunales de Garantías Constitucionales se decretó a través del Decreto Ley N° 25422.

otras instituciones del sistema de justicia como el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura³⁵⁰.

El gobierno de Alberto Fujimori fue un atentado permanente y sistemático contra la institucionalidad del país. Ello implica, como ha de suponerse, el quebrantamiento de las premisas del Estado de Derecho y del Estado Constitucional de Derecho. De hecho, el propio auto-golpe de Estado puede leerse mejor en ese segundo plano, pues es en nombre de esta reforma llevada a cabo a través de decretos legislativos que se deja al país sin sus principales instituciones defensoras de la Constitución de 1979: el TGC, el Parlamento y el Poder Judicial³⁵¹.

Por paradójico que suene, algunos analistas han sostenido que el objetivo inmediato de Fujimori fue la reconstrucción del Estado a través de la reconstrucción de algunas instituciones, con el propósito de lograr el control estatal sobre la sociedad³⁵². El norte elegido fue el modelo neoliberal en la economía y el modo de operación fue -aunque al inicio algo moderado-, fuertemente autoritario. De modo que hubo una mezcla entre el ataque frontal a las instituciones vigentes de inicio de los 90 y la reorganización y creación de otras instituciones que sirvieran a los propósitos reformadores del fujimorismo.

El auto-golpe de abril de 1992 puede ser leído como un momento refundacional³⁵³, sobre todo si se toma en cuenta la profunda incertidumbre social en la que se vivía por aquella época, como consecuencia del terrorismo y de la crisis económica generada por el gobierno de Alan García. La reorganización la dirigió el ejecutivo y tuvo que ser legitimada, por presión de

³⁵⁰ FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. Mensaje a la nación del 5 de abril de 1992.p. 4

³⁵¹ Es interesante notar que el propio ministro de economía de Alberto Fujimori, Carlos Boloña, reconoció varios años después que dentro del gobierno tenían la convicción de que todas estas instituciones estaban manejadas por las redes de una oposición que se resistía al nuevo modelo económico. Incluso sostiene que muchos magistrados actuaban bajo la dirección del propio Alan García. En: Entrevista a Carlos Boloña. En: Revista ius et veritas N° 15, Año 8, Lima. p. 164.

³⁵² BURT, Jo-Marie. *Violencia y autoritarismo en el Perú: bajo la sombra de sendero y la dictadura de Fujimori*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009. p.262.

³⁵³ BURT, Jo-Marie. *Ibid.* p. 272

organismos extranjeros³⁵⁴, a través de la convocatoria a un Congreso Constituyente Democrático, para redactar una nueva Constitución.

La relación de abuso y de servicio entre el poder político y el Derecho a lo largo de los dos gobiernos de Alberto Fujimori, merece una investigación propia que excede el espacio que aquí se le puede brindar. Nadie puede olvidar, sin embargo, que en los primeros años ya existían fuertes indicios de esa forma de gobernar, a espaldas de los principios constitucionales. Después de todo, en aquellos años se introdujo una durísima legislación penal antiterrorista que instauró, entre otras cosas, los jueces sin rostro, o la Ley de Amnistía que favorecía a los integrantes de un grupo paramilitar que habían cometido delitos flagrantes.

Sin embargo, lo que interesa a esta investigación es la relación que se deja entrever entre la reacción de los profesores de derecho (básicamente los constitucionalistas) frente al nuevo poder que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (el poder de sentar precedentes de manera paternalista) le confirió a los magistrados del Tribunal Constitucional y el abuso que el gobierno de Alberto Fujimori cometió, de manera específica, contra la justicia constitucional encarnada primero en el TGC y luego en el Tribunal Constitucional.

Una de las cosas que explica la aprobación y aceptación, casi sin reparos ni objeciones, respecto de los nuevos poderes que el Tribunal Constitucional consiguió a través del Código Procesal Constitucional (en el año 2004), es la historia de esta justicia constitucional que, cuando por primera vez en la historia republicana del Perú comenzaba a mostrar signos de vigor institucional, fue intervenida radicalmente en dos oportunidades, paradójicamente, por el mismo gobierno de turno.

Si se observan los hechos que hasta aquí he expuesto –relativos a la suerte que corrió el TGC- y se complementan con los que a continuación explicaré –relativos a la suerte del Tribunal Constitucional-, entonces no será difícil percibir que el empoderamiento, a mi juicio excesivo, que recibió el Tribunal Constitucional a través del Código Procesal Constitucional, pudo percibirse como una reivindicación institucional justa, luego del atropello radical que la justicia

³⁵⁴ El gobierno de los Estados Unidos jugó un rol fundamental para presionar, a través del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, a la Organización de Estados Americanos, quien fue determinante para convencer a Fujimori de la necesidad de retornar al cauce democrático.

constitucional recibiera de parte del poder político. Espero que esta relación quede más clara luego de exponer la última parte de la historia, relativa a los primeros años del Tribunal Constitucional.

El auto-golpe de abril de 1992 abre paso a una etapa de retorno hacia la democracia que, como se mencionó, estuvo fuertemente impulsada por la presión de organismos internacionales. No viene al caso analizar con detalle el proceso de producción de la Constitución de 1993, que fuera el resultado final de dicho proyecto de retorno democrático; sobre todo cuando en el primer capítulo se revisó el impacto que tuvo la baja aceptación de la Carta Fundamental –a través del Referéndum de 1993- en la cultura constitucional peruana.

Si bien no puede dejar de mencionarse que uno de los aspectos que distinguen fuertemente a la Constitución de 1993 de su predecesora, es el modelo económico -ahí instaurado- de corte neoliberal³⁵⁵, la atención preliminar será puesta sobre los cambios implementados relacionados con el sistema de justicia, para luego profundizar en el desarrollo de las labores del Tribunal Constitucional durante la década de 1990 y hasta antes de la promulgación del Código Procesal Constitucional.

Uno de los rasgos más importantes de la parte “orgánica” de la Constitución de 1993, es que esta reforzó la tradición presidencialista permitiendo la figura de la reelección inmediata y debilitando el rol del Congreso al recortar sus funciones³⁵⁶. En el campo del sistema de justicia hubo algunos cambios positivos. Se creó la Defensoría del Pueblo³⁵⁷, institución que logró posicionarse como una de las entidades públicas de mayor prestigio entre los ciudadanos, se estableció que el Jurado Nacional de Elecciones fuera la última instancia en materia de

³⁵⁵ Carlos Torres y Torres Lara, quien formó parte del equipo que diseñó la Constitución de 1993, la describió en estos términos: “La Constitución puede ser calificada como de un liberalismo social, moderno, que intenta insertarse en una economía internacional de mercado (...)”. TORRES y TORRES LARA, Carlos. *Alcances de la nueva Constitución del Perú*. En: *Ius et Praxis*, N° 25. Lima, 1995.p. 48

³⁵⁶ Para un interesante análisis al respecto léase: FERRERO COSTA, Raúl. *Equilibrio de poderes*. En: *Ius et Praxis*. N° 25. Lima, 1995. pp. 86 y siguientes.

³⁵⁷ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 162.- Atribuciones.

Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones.

El Proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

Derecho Electoral³⁵⁸ y se profesionalizó la carrera judicial, estableciendo que el Consejo Nacional de la Magistratura fuese el órgano encargado de elegir a los vocales de la Corte Suprema de la Justicia³⁵⁹.

Una vez clausurado el TGC, muchas acciones de garantía constitucional, sobre todo en materia de amparo y de habeas corpus, fueron resueltas por el Poder Judicial, y en última instancia eran revisadas por una corte de vocales y magistrados nombrados por decretos leyes, contexto en el que podía esperarse poca imparcialidad³⁶⁰. Es por esta misma razón, por el peligro que representa para un gobierno con tendencias autoritarias “tener al costado” a un Tribunal Constitucional independiente, que aún cuando la Constitución de 1993 consagró algunas facultades jurisdiccionales que hacían prever una futura justicia constitucional sólida, el gobierno decidió esperar hasta el 24 de junio de 1996 para instalar el Tribunal Constitucional.

3.2.2. Un guardián atado de manos: el Tribunal Constitucional de los años 90

A grandes rasgos, se puede resumir el modelo de justicia constitucional peruana instaurada bajo la Constitución de 1993 como una de corte mixto en el que se incorpora tanto, el control difuso como el control concentrado de las leyes. Así, el artículo 138° de la Constitución establece que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.” Mientras que de los artículos 200°, numeral 4³⁶¹, y del artículo 202°, numeral 1³⁶², se desprende la facultad delgada al Tribunal

³⁵⁸ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 181.- Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

³⁵⁹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 150.- Consejo Nacional de la Magistratura.

El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

El Consejo Nacional de la Magistratura es independiente y se rige por su Ley Orgánica.

³⁶⁰ Léase al respecto: Informe de la Comisión de Juristas Internacionales. *Sobre la administración de justicia en el Perú*. IDL, Lima, 1994.pp. 79-86.

³⁶¹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 200.- Garantías o procesos constitucionales.

(...)

4. La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

³⁶² Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional.

Corresponde al Tribunal Constitucional:

Constitucional de resolver las acciones de inconstitucionalidad, la misma que puede ser presentada por el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, veintiocho congresistas de la República, cinco mil ciudadanos y los colegios profesionales en los asuntos de su especialidad.

Respecto a las garantías constitucionales como el habeas corpus, el amparo, el habeas data y la acción de cumplimiento, el Poder Judicial tiene la competencia para resolverlas en primera instancia, mientras que el Tribunal Constitucional resulta competente para pronunciarse en caso sean resueltas como “denegatorias”, en última instancia. Aunque aquí no resulta razonable analizar en detalle la estructura de dichas garantías ni sus procedimientos³⁶³, basta con recordar que las mismas han sufrido cambios importantes a través de la actuación del propio Tribunal Constitucional; de manera específica, a través de su jurisprudencia. Tal vez, y solo a modo de ejemplo, vale la pena destacar el caso de la posibilidad de entablar una acción de amparo contra una norma legal. De acuerdo al inciso 2 del artículo 200° de la Constitución de 1993, se establece de manera expresa que el amparo no procede contra normas legales; sin embargo, a través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional estableció que el amparo sí procede normas auto-aplicativas, argumentando lo siguiente:

“Si bien el artículo 200°, inciso 2) de la Constitución dispone que la acción de amparo no procede contra normas legales, debe entenderse que esta prohibición se refiere a acciones de amparo que pretendan la declaración, por parte del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en uso del control concentrado y con efectos erga omnes, para expulsarla definitivamente del sistema jurídico; pero que sí procede la acción de amparo, cuando su objeto es la no aplicación de una norma que se estima incompatible con la Constitución, respecto a un caso concreto, en uso del control difuso del Tribunal Constitucional, y con efectos solo para el demandante (...).³⁶⁴”

Aunque este sea solo un ejemplo, la relevancia que adquirió la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales, así como del Derecho Procesal Constitucional, fue un fenómeno que comenzó a asentarse desde que se

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

³⁶³ Para un estudio exhaustivo sobre el tema recomiendo leer: LANDA, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional. Lima: Palestra editores, 2003. pp. 83-157

³⁶⁴ Expediente N° 0830-2000-AA/TC. Fundamento Jurídico N° 2.

inició la transición a la democracia, luego de la caída del régimen de Alberto Fujimori en el año 2000. En algunos casos, como el analizado, el rol del Tribunal Constitucional fue tan transformativo y gravitante respecto de la literalidad de la Constitución, que no pasó mucho tiempo hasta que se etiquetara su accionar bajo el rótulo del “activismo judicial”. Incluso algunos autores como Pedro Grández intentaron teorizar respecto al particular rol del Tribunal Constitucional, el mismo que respondía al particular contexto histórico que atravesaba el país, con el propósito de justificar, en términos constitucionales, su activismo judicial. En sus propias palabras:

“Tal contexto de surgimiento de la Constitución, que una vez restaurado el régimen democrático, fue motivo de un pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional, no debe perderse de vista a la hora de valorar el activismo del Tribunal en los últimos años, activismo militante que, en muchos casos, de manera expresa, y en otros de manera implícita, nos ha sugerido la tesis de que el propio proceso constituyente, esta vez sí democrático, está todavía abierto en nuestro país y no puede haberse cerrado en el año de 1993. Solo así podría entenderse algunos fallos del Tribunal que por ejemplo “enderezan” cuando no desdicen el propio texto de la Constitución forjado y pulido en un contexto de clara negación de derechos y de instauración de una dictadura como la que se vivió en la década del 90.³⁶⁵”

Sin embargo, la época del activismo judicial del Tribunal Constitucional es el corolario de una historia de resistencia contra el abuso de poder, ejercido por parte del gobierno fujimorista. Esta historia se inicia en el año 1996 y abarca prácticamente un año, que marca el período inicial del Tribunal Constitucional. A partir del año 1997, hasta el año 2000, asistimos a un período que ha sido denominado como “el período del Tribunal en cautiverio”, pues responde a la época en la que se destituyeron a tres magistrados constitucionales que se mostraron en contra de la ley que, contraviniendo la Constitución, permitía a Alberto Fujimori candidatear por su segunda reelección. Por último, el período que comprende los años que van desde el 2000 hasta el 2003, son los años conocidos como los años de vuelta a la democracia. Por supuesto, existen estudios acerca del desarrollo jurisprudencial que comprenden años posteriores, sin embargo, aquí interesa analizar estos períodos porque son la antesala de la emergencia del precedente

³⁶⁵ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra editores, 2010. pp. 68-69.

constitucional y en esa medida, permitirán comprender mejor las razones de su incondicional recibimiento, por parte de la academia peruana.

Respecto al primer año del Tribunal Constitucional, el Profesor César Landa³⁶⁶ ha dividido su funcionamiento en dos etapas. La primera responde a los meses de junio a octubre de 1996, desde la instalación del Tribunal Constitucional, hasta que este inicia la etapa resolutoria de acciones de inconstitucionalidad contra importantes normas dictadas, en su mayoría, por el ejecutivo. Al iniciar su actividad jurisdiccional, el Tribunal Constitucional se encontró con 1076 causas ingresadas, de las cuales 961 correspondían a acciones de amparo, 76 a acciones de habeas corpus, 7 a acciones de cumplimiento, 2 a acciones de habeas data, 32 quejas y un conflicto de competencias³⁶⁷. Muchas de estas casuas, eran causas pendientes de resolución que habían quedado durmiendo el sueño de los justos como consecuencia de la decisión autoritaria de cerrar el TGC.

La segunda etapa, que corresponde al período que empieza en noviembre de 1996 y culmina en mayo de 1997, se caracteriza por ser la etapa en la que la justicia constitucional vuelve a su cause expeditivo y comienza a resolver importantes casos de acciones de inconstitucionalidad. De acuerdo al Profesor Landa³⁶⁸, este período también nos permite observar cómo se van decantando las corrientes “jurídico-políticas” de los magistrados, sobre todo en casos emblemáticos como aquel en el que se decidió que resultaba válida la potestad policial de detener de manera preventiva a un ciudadano, al margen de las causales taxativas estipuladas en el literal “f” del numeral 24, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú³⁶⁹.

En esta segunda etapa el Tribunal Constitucional resolvió en menos de un año, deciseís acciones de inconstitucionalidad de un total de veintiocho demandas entabladas. Muchas de las leyes cuestionadas estaban relacionadas con importantes cambios en materia de política económica o de reorganización de instituciones estatales, además del célebre caso de la Ley de Interpretación Auténtica que permitía la segunda reelección de Alberto Fujimori. El siguiente cuadro resume la producción del Tribunal Constitucional en materia de control constitucional:

³⁶⁶ LANDA, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. *Op.cit.* p. 237

³⁶⁷ De acuerdo a la información que brindó el Vice-Presidente del Tribunal Constitucional de aquel entonces, Francisco Acosta Sánchez. En: Diario Oficial El Peruano, 18 de Octubre de 1996.p. 4.

³⁶⁸ LANDA, César. *Ibid.*p. 238.

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de habeas corpus. Exp. N° 046-96-HC/TC.

| Resoluciones sobre las acciones de inconstitucionalidad (1996-1997) | | | | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|-------------|------|
| Resoluciones | Fundada | Infundada | Improcedente | Inaplicable | Nulo |
| Ley N° 26623. Crea el Consejo de Coordinación Judicial. | X (inconstitucionalidad total) | X (inconstitucionalidad parcial) | | | |
| Ley N° 26435 (art. 4) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que exige 6 votos de 7 para declarar inconstitucional una ley. | | X | | | |
| Ley N° 26592. Exige 48 votos del Congreso para convocar a referéndum. | | X | | | |
| Ley N° 26657. Ley de interpretación auténtica de la reelección presidencial. | | X (inconstitucionalidad parcial) | | X | |
| Ley N° 26637. Modifica la administración del Programa del Vaso de Leche. | | | X | | |
| Ley N° 26599. Inembargabilidad de los bienes del Estado. | X | | | | |
| Decreto Legislativo N° 853. Sobre FONAVI | | | | | X |
| Decreto Legislativo N° 767 (art. 184). Ley Orgánica del Poder Judicial | | | X | | |
| Decreto Ley N° 25967. Modifica goce de pensiones de jubilación. | X (inconstitucionalidad total) | X (inconstitucionalidad parcial) | | | |
| Decreto Legislativo N° 817. Régimen previsional de pensiones a cargo del Estado. | | X (inconstitucionalidad total) | X (inconstitucionalidad parcial) | | |
| Ley N° 26457 y Ley N° 26614. | | X | | | |

| | | | | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|---|--|---|--|--|
| Intervención a universidades públicas. | | | | | |
| Decreto Ley N° 22633 (art. 317) Código de Procedimientos Penales. | | | X | | |
| Ley N° 26479 y Ley N° 26492. Amnistían a los militares que violaron derechos humanos. | | | X | | |
| Decreto Legislativo N° 295, Código Civil (art. 337). Causales de divorcio. | X | | | | |
| Decreto Ley N° 25662. Establece el doble de pena a los policías que cometan delitos. | | | X | | |
| Ley N° 26530 (art. VI) Establece la esterilización como política nacional de población. | | | X | | |

Fuente: Normas Legales del Diario Oficial El Peruano, del 6-11-96 al 31-5-97

Elaboración: César Landa. En: LANDA, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. pp.239-240

De acuerdo al Profesor Landa, ya en la elaboración de la primera sentencia se pudo observar el “fuerte compromiso” de los magistrados Acosta y García con el gobierno de Alberto Fujimori, pues llegaron a cambiar el sentido de la sentencia lograda y consiguieron que se revisara la inconstitucionalidad de la ley en cuestión, optando finalmente por declarar la inconstitucionalidad parcial³⁷⁰.

En general, el trabajo jurisdiccional del Tribunal Constitucional corría peligro en cuanto a su celeridad y eficacia, debido a que el artículo 4 de su Ley Orgánica exigía seis votos conformes de los siete magistrados, para declarar inconstitucional una ley. Como se puede apreciar, la política de establecer una exigencia de votos tan alta para declarar inconstitucional una ley, parecía estar camino a convertirse en una tradición de la cultura constitucional peruana. Es así que la acción de inconstitucionalidad contra dicho artículo tenía no solo una implicancia práctica en el diseño de la política jurisdiccional constitucional inmediata, sino también un efecto simbólico que excedía el caso concreto. En un esfuerzo sin precedentes, los magistrados Aguirre, Revoredo y Terry, intentaron incorporar el control difuso de las leyes en los procesos del control abstracto de constitucionalidad de las leyes. Si bien ello no llegó a plantearse en la

³⁷⁰ LANDA, César. *Ibid.* p. 240

parte resolutive de la sentencia (en gran medida por el respaldo que los magistrados Acosta y García recibieron de los magistrados Nugent y Díaz), sí lograron que en los considerandos se estableciera por unanimidad que el control difuso de las leyes era posible de aplicarse en el caso de demandas de control abstracto. De esta forma se perfilaron, según la visión de César Landa, tres corrientes jurídicas de los magistrados del Tribunal Constitucional: (i) la del activismo judicial, seguida por los magistrados Aguirre, Revoredo y Rey, (ii) la autolimitadora del poder del Tribunal Constitucional, seguida por los magistrados Nugent y Díaz; y, (iii) la corriente “política” en pro del gobierno, seguida por los magistrados Acosta y García³⁷¹.

El veintitrés de agosto de 1996 se promulgó la tristemente célebre Ley N° 26657, conocida como Ley de Interpretación Auténtica. Dicha disposición buscó identificar la aplicabilidad de las consecuencias jurídicas del artículo 112° de la Constitución de 1993, que establecía que el Presidente de la República solo podía ser reelegido de manera inmediata una vez en el cargo, con el período presidencial posterior a la entrada en vigencia de la Constitución. La antojadísima y paternalista interpretación de la Ley, elaborada por las fuerzas fujimoristas, pretendía desconocer la reelección de Fujimori del año 1995 como tal, confinándola a una suerte de dimensión jurídica desconocida. La Ley de Interpretación Auténtica actuaba, en buena cuenta, como un verdadero “agujero negro jurídico”, produciendo una curvatura espacio-temporal (que se tragaba la referida reelección del año 95) en beneficio de la segunda reelección de Fujimori³⁷².

La manifiesta inconstitucionalidad de la Ley de Interpretación Auténtica, llevó al Colegio de Abogados de Lima a presentar una demanda de acción de inconstitucionalidad que desencadenaría uno de los episodios más penosos de nuestra incipiente historia de Justicia Constitucional. Dada la repercusión política del caso y vencido el plazo para resolverlo, el Tribunal Constitucional emitió un comunicado el 3 de enero de 1997, en el que anunciaron que debido a la toma de rehenes en la residencia del embajador de Japón, por parte del grupo terrorista MRTA, no emitirían la sentencia hasta que la situación se hubiese normalizado.

³⁷¹ LANDA, César. *Íbid.* p. 242

³⁷² Ley 26657. Artículo único.- Interpretétese de modo auténtico, que la reelección a que se refiere el Artículo 112o. de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interpretétese auténticamente, que en el cómputo no se tiene en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución. La presente norma se ampara en el Artículo 102 y en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

La tensión se trasladó de inmediato al corazón del Tribunal Constitucional. En diciembre se había filtrado a la prensa la noticia de que el Pleno del Tribunal Constitucional había decidido inaplicar la Ley de Interpretación Auténtica al caso de Alberto Fujimori³⁷³, lo cual enfureció a los magistrados García y Acosta. Como consecuencia, estos enviaron una carta pública a los medios de comunicación aclarando que no existía ninguna sentencia formalizada, debido a que para ello era necesario que todos los magistrados firmen el documento, hecho que no se había producido. La reacción de los magistrados Nugent y Díaz a este comunicado tampoco se hizo esperar, ellos optaron por cambiar sus votos –los cuales inicialmente apoyaban la inaplicación de la Ley N° 26657 al caso de Alberto Fujimori- y se abstuvieron de votar³⁷⁴.

Luego de una serie de hechos desafortunados que agravaron la, ya mellada, estabilidad democrática del país, el Tribunal Constitucional finalmente publicó, el 17 de enero de 1997, dos sentencias resolviendo la acción de inconstitucionalidad. Una de ellas declaró inaplicable la Ley de Interpretación Auténtica al Presidente Alberto Fujimori, por tres votos a favor y cuatro abstenciones³⁷⁵; mientras que la otra sentencia declaraba infundada la demanda al no haberse conseguido los seis votos necesarios de acuerdo a su Ley Orgánica.

Como consecuencia de esto, el decano del Colegio de Abogados de Lima solicitó una aclaración al Tribunal Constitucional, para saber cuál de las dos sentencias era válida y por lo tanto, aplicable al caso en cuestión. Sobre el particular, se expidió una aclaratoria – administrativa, no jurisdiccional- en la que se señaló que no había nada que aclarar respecto de la sentencia original. Como resultado de dicho accionar, el Congreso de la República abrió una investigación –y posterior acusación constitucional- contra los magistrados que aprobaron la “inaplicabilidad” de la Ley de Interpretación Auténtica, Delia Revoredo Mur, Guillermo Rey Rey y Manuel Aguirre Roca, quienes finalmente fueron destituidos de sus cargos.

³⁷³ DIARIO EL COMERCIO. Problemas internos en Tribunal Constitucional genera versión extraoficial de supuesta sentencia, respecto a la ley 26657 interpretativa de la reelección. No existe documento oficial, edición del 30 de diciembre de 1996, p.A4. Citado por: LANDA, César. *Ibid.* p. 243

³⁷⁴ Sobre este hecho se expresaría el magistrado Aguirre Roca en los siguientes términos: “inicialmente no fuimos sólo tres magistrados los que nos pronunciamos por el control difuso, sino fuimos cinco. La sentencia sale el 27 de diciembre con cinco firmas y dos en contra. Lo que pasa es que después estos dos señores quintacolumnistas hacen tremendo escándalo y consiguen que dos de los firmantes reconsideren sus votos.” En: AGUIRRE ROCA, Manuel. *Todo ha sido una emboscada*. Idéele, N° 98, junio 1997. Citado por: LANDA, César. *Ibid.* p. 243

³⁷⁵ La sentencia puede ser revisada en línea aquí: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00002-1996-AI.html>

Este capítulo en la historia constitucional peruana es sumamente importante, pues dejó expuesta la debilidad institucional con la que estaba construido el esquema de nuestra justicia constitucional, así como la precariedad democrática de la que éramos víctimas durante la década de los 90. Al margen del recuento y del análisis que vendrá a continuación sobre los años de cautiverio que pasó el Tribunal Constitucional, así como de las primeras reacciones obtenidas cuando este logro recuperar su libertad, ahora puede entenderse mejor por qué cuando en el año 2004 se le adjudicaron nuevas y poderosas facultades el Tribunal Constitucional, la reacción, prácticamente institucional, de los constitucionalistas fue la celebrar dichos nuevos poderes, en lugar de mirarlos con escepticismo, por no hablar de recelo o rechazo. A los ojos de estos, la balanza constitucional comenzaba a equilibrarse.

Es de destacar que ante tamaño abuso del poder político, ese cuerpo institucional no-formal (jurídicamente), respondió mediante un comunicado publicado en el diario El Comercio. De esta manera, treintitrés profesores de Derecho Constitucional, manifestaron su repudio y preocupación en estos términos:

“2. La Constitución consagra la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional, señalando que sus miembros gozan de las mismas prerrogativas que los congresistas. Una de estas prerrogativas es la inviolabilidad que garantiza que los magistrados no sean responsables por los votos u opiniones efectuados en ejercicio de sus funciones. En consecuencia, carece de sustento constitucional, pues constituye una sanción impuesta por las opiniones o votos emitidos al resolver o aclarar una resolución.³⁷⁶”

La etapa del Tribunal en cautiverio abarca el período que empieza en junio del año 1997 y termina en el mes de noviembre del año 2000, cuando se reincorporan a los magistrados destituidos. Durante dicha época el Tribunal Constitucional se mantuvo funcionando con cuatro magistrados y se vio impedido de resolver cualquier acción de inconstitucionalidad. No fue de extrañar que el gobierno, a través de su bancada parlamentaria, no hiciera nada por incorporar a los tres magistrados faltantes, pues el estado de cosas vigente minimizaba (en realidad, eliminaba) el riesgo de que la justicia constitucional controle el contenido constitucional de las normas expedidas por el gobierno. Bajo este nuevo panorama, el Tribunal Constitucional solo

³⁷⁶ DIARIO, EL COMERCIO. *Pronunciamiento en Defensa del Tribunal Constitucional*. En sección Síntesis. Lima, 26 de junio de 1997.

se avocó a resolver acciones de garantías constitucionales, pues como recuerda el Profesor Landa, una semana antes de la destitución de los magistrados el Congreso modificó la Ley Orgánica del Tribunal, eliminando las abstenciones y facultándolo resolver dichas acciones con el voto de cuatro magistrados a favor, no de cinco como antes lo estipulaba.

A continuación se podrá observar el flujo en el ingreso de expedientes relativos a los diferentes procesos constitucionales desde la época en la que se instauró el Tribunal Constitucional, hasta el año 2002, poco antes de que se introdujera el Código Procesal Constitucional:

| Ingreso de Expedientes | | | | | | | | |
|------------------------|------------------------------------|---------------|--------|--------------|-------------|-------------|--------|-------|
| Año | Tipos de Procesos Constitucionales | | | | | | | |
| | Inconst. | Habeas Corpus | Amparo | Cumplimiento | Habeas Data | Competencia | Quejas | Total |
| 1996 | 24 | 124 | 634 | 16 | 2 | 0 | 175 | 975 |
| 1997 | 8 | 145 | 1016 | 61 | 2 | 2 | 257 | 1491 |
| 1998 | 4 | 116 | 968 | 107 | 5 | 2 | 81 | 1283 |
| 1999 | 6 | 160 | 1029 | 100 | 2 | 2 | 40 | 1339 |
| 2000 | 8 | 185 | 1051 | 108 | 4 | 1 | 45 | 1402 |
| 2001 | 18 | 225 | 990 | 299 | 2 | 3 | 48 | 1585 |
| 2002 | 10 | 256 | 1406 | 81 | 4 | 2 | 55 | 1814 |
| TOTAL | 78 | 1211 | 6974 | 772 | 21 | 12 | 701 | 9889 |

Fuente: LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*.p. 334.

Como se puede apreciar, con excepción de la acción de inconstitucionalidad, la cantidad de demandas constitucionales que se entablaron a lo largo de los primeros años del Tribunal Constitucionales se mantuvo homogénea y considerablemente más alta que la cantidad de acciones interpuestas ante el TGC en la década del 80. La excepción tiene una explicación. Como se vio anteriormente, durante el tiempo en el que el Tribunal Constitucional se mantuvo en cautiverio, le resultó materialmente imposible determinar la inconstitucionalidad de alguna norma con rango legal, debido a que no cumplía con la cantidad de votos requerida por ley.

De acuerdo a cifras analizadas por el Profesor Landa³⁷⁷, de un total de mil doscientas cincuentaisiete normas con rango de ley, dictadas durante los gobiernos de Alberto Fujimori, se

³⁷⁷ LANDA, César. *Ibíd.*p. 325. En base a información obtenida del Congreso de la República y del propio Tribunal Constitucional.

interpusieron cincuenticuatro acciones de inconstitucionalidad, resolviéndose quince sentencias sobre la materia. El resultado final fueron cinco sentencias en materia de control concentrado de constitucionalidad. Asimismo y para mayo detalle, cabe resaltar que dos de dichas sentencias se pronunciaron en contra de decretos legislativos del Poder Ejecutivo, una en contra de un decreto ley del gobierno de facto de Fujimori y otras dos en contra de leyes del Congreso de la República.

Para un análisis detallado acerca de las acciones de garantía constitucional que se interpusieron en el período consignado en el cuadro de arriba, recomiendo seguir la lectura del trabajo del Profesor Landa³⁷⁸. A efectos del interés que ocupa a esta investigación he abusado lo suficiente de sus resultados académicos respecto al análisis de la justicia constitucional peruana durante las décadas de los 80 y 90 del siglo pasado. El breve recorrido histórico realizado demuestra que hubo dos momentos en los cuales el poder político secuestró y anuló la viabilidad de una incipiente justicia constitucional peruana. Para suerte de ella, el retorno a la democracia también significó el retorno de la independencia judicial, sellada a través de la restitución de los magistrados del Tribunal Constitucional y de la modificación de los artículos 4° y 26° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a través de la Ley N° 27780 del 12 de julio del 2002, permitiendo que el Tribunal se pronuncie acerca de la constitucionalidad de leyes con seis años de antigüedad y pudiendo declararlas inconstitucional con el voto de cinco magistrados, no de seis.

El punto central del presente apartado ya ha sido mencionado en dos oportunidades, pero me gustaría terminar de contextualizarlo. Algunas explicaciones en el medio académico nacional suelen atribuir la causalidad de algunas manifestaciones institucionales al razonamiento formalista que, efectivamente, inunda la práctica legal peruana. Sin embargo, creo que ello no puede explicar la mayoría de fenómenos institucionales y menos el de la aceptación que recibió el precedente constitucional peruano. Esto se debe, fundamentalmente, al hecho de que es perfectamente posible que un formalista se muestre en contra de la atribución que recibió el Tribunal Constitucional de determinar qué sentencias forman precedentes y cuáles no, así como el extremo normativo de la sentencia. Una mirada formalista puede reivindicar, sin problema alguno, el numeral 1 del artículo 146° de la Constitución, el cual señala que los

³⁷⁸ LANDA, César. *Ibid.* pp.324-348.

jueces solo se encuentran sometidos “a la Constitución y a la ley”, no a la jurisprudencia vinculante.

La mejor explicación a la recepción, casi sin reparos, del precedente constitucional peruano tiene que ver con la historia del TGC y del Tribunal Constitucional. Si se pierde de vista la historia de frenos al avance de la justicia constitucional, entonces se pierde de vista las razones que explican la aceptación de los términos procesales constitucionales que terminaron por empoderar y legitimar el activismo judicial que ya empezaba a sentirse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tampoco debe perderse de vista el hecho de que el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada el 23 de julio del 2004, estableciera que dicho Tribunal es “el supremo intérprete de la Constitución”. Aunque pudiera pasar desapercibido, esta adjudicación de tamaña legitimidad llevó a que el Tribunal Constitucional recurra a dicha noción de “supremo intérprete” para pronunciarse sobre extremos no solicitados y hasta abusar de su “autonomía procesal”.

Así las cosas, tuvo que pasar algunos años para que las primeras voces escépticas y críticas contra el activismo judicial del Tribunal Constitucional aparecieran en escena. Es cierto, sin embargo, que estas voces no necesariamente se pronunciaron sobre el exceso de poder otorgado al Tribunal a través del precedente constitucional. Un destacado ejemplo de las críticas acerca del abuso de poder que se arrogó el Tribunal Constitucional, lo consituyen las críticas vertidas por el profesor Juan Monroy Gálvez.

En un trabajo titulado “La *autonomía procesal* y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada”³⁷⁹, el Profesor Monroy estudia los orígenes de la doctrina conocida como la *Verfahrensautonomie* –autonomía procesal-, que proviene del Tribunal Constitucional Federal alemán, para luego explicar los riesgos que esta implica y la mala recepción que se hizo en el Perú, de ella. Su preocupación se centra en la falta de base jurídica que justifique la invención de reglas procesales constitucionales, más allá de las buenas intenciones del Tribunal Constitucional. Asimismo, insiste en que dicha práctica, convertida en una política

³⁷⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *La “autonomía procesal” y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada*. En: Revista Themis, N° 55.

jurisdiccional, puede atentar contra los derechos fundamentales de las personas al propiciar un caos en el ordenamiento de las reglas procesales vigentes y constantemente cambiantes³⁸⁰.

Es en medio de este paso de un Tribunal Constitucional intervenido políticamente y puesto en jaque, hacia un Tribunal que adopta un activismo judicial que incide no solo en reglas materiales, sino en procesales constitucionales, que se le dota de nuevas herramientas procesales que le dieron el poder de sentar reglas con carácter vinculante. Algo que nunca antes había poseído ni siquiera de cerca. Todo ello, en menos de tres años desde que el cause jurisdiccional recobrara su independencia. La recepción, por parte de la academia, del precedente constitucional se examinará con mayor detalle en el siguiente apartado, en el que revisaré la estructura del precedente “a la peruana”.

3.3. La estructura de un precedente *made in Peru*

En este apartado analizaré con detenimiento el objeto de esta investigación: las dos potestades centrales que le fueron atribuidas al Tribunal Constitucional a través del precedente constitucional. Algunos académicos peruanos suelen pasar por alto la primera de dichas potestades por considerarla como la consecuencia natural de la figura del precedente. Me refiero, de manera concreta, al poder que adquirió el Tribunal de establecer qué sentencias constituyen precedente vinculante y por lo tanto, deben ser seguidas por los demás jueces y órganos públicos del Estado.

En la concepción de estos académicos, 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. La diferencia, sin embargo, es importante. Como se ha visto, en la tradición del *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. De ello se sigue que, aún 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

³⁸⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Ibid.* p. 93

otorgada a nuestro Tribunal Constitucional es un poder de discrecionalidad importante que incluso puede resultar violatorio del principio de igualdad ante el Derecho³⁸¹.

La segunda característica hace referencia a la potestad con la que cuenta el Tribunal Constitucional de establecer cuál es el “extremo normativo” de la sentencia que constituye precedente vinculante. El hecho de que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no establezca 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. Con cargo a desarrollarlas en breve, las tres formas pueden resumirse de la siguiente manera. En un primer momento y solo en algunas sentencias, el Tribunal Constitucional 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. En un segundo momento, el Tribunal señaló el extremo normativo, identificando qué fundamentos de la sentencia eran los vinculantes. Finalmente, el Tribunal Constitucional decidió formular, a través de frases muy similares en su estructura a una norma legal, reglas que recogían el extremo normativo de la sentencia. Como se desprende de esto, la actuación del Tribunal Constitucional fue determinante para terminar de dar forma a la potestas normativa que heredó del Código Procesal Constitucional. La política jurisdiccional, al menos en el caso del precedente constitucional, no termina con la disposición normativa que establece nuevas facultades, sino que involucra la actividad de algunos actores estratégicos.

3.3.1. Un supremo problema: el Tribunal Constitucional como supremo intérprete

Para poder comprender mejor el impacto que generan las facultades adquiridas por el Tribunal Constitucional a través del precedente constitucional, en la práctica jurídica peruana, será de gran utilidad trazar los rasgos de la relación normativa que existe entre dicha institución y el Poder Judicial. Uno de los rasgos distintivos de nuestra justicia constitucional es el hecho de que nuestra Constitución ha delgado la interpretación de la misma, en sede jurisdiccional,

³⁸¹ Aunque no corresponde a esta investigación iniciar “críticas comprometidas con el resultado”, es conveniente desarrollar un poco la idea. No se ha advertido, diría que incluso ni se ha comentado, el rol comprometedor en el que sitúa el Tribunal Constitucional al establecer arbitrariamente qué sentencias son precedente y cuáles no. De hecho, en la sentencia Exp. 3741-2004-PA/TC se establecieron algunos supuestos en los que el Tribunal establecería precedentes vinculantes (los cuales analizaré en detalle más adelante); sin embargo, en la práctica sucede que dichos supuestos nunca son justificados, con lo que terminan por jugar un rol decorativo y encubridor de una evidente arbitrariedad.

tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional. Nuestro sistema de control constitucional de las leyes es mixto, de manera que el control difuso puede ser aplicado por los jueces del Poder Judicial, en virtud del artículo 138° de la Constitución³⁸², mientras que el control concentrado solo puede ejercerlo el Tribunal Constitucional en virtud del numeral 1 del artículo 202° de la Constitución³⁸³. El Tribunal resulta competente, también, para resolver los conflictos de competencia, de conformidad con el numeral 3 del mismo artículo³⁸⁴.

Junto a las competencias relativas al control de constitucionalidad de las disposiciones con rango de ley, la Constitución ha previsto, en igual sentido, que tanto el Poder Judicial, como el Tribunal Constitucional, resulten competentes para pronunciarse en materia de las acciones de tutela de la libertad, como es el caso del amparo, el habeas corpus, el habeas data y la acción de cumplimiento³⁸⁵. Esto quiere decir que en los casos en cuales las resoluciones del Poder Judicial queden firmes, ya sea porque el demandante a quien no se le dio la razón no insiste mediante una apelación o porque el juez ordinario estimó su pretensión, se habrá formado jurisprudencia en materia de derechos fundamentales desarrollada en el Poder Judicial. Mientras que en los casos en los que las acciones de amparo lleguen al Tribunal Constitucional, será este órgano el encargado de resolver los casos y desarrollar jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales. No es difícil llegar a la conclusión de que, bajo este modelo de política jurisdiccional, la uniformidad de la jurisprudencia constitucional se encuentra en permanente riesgo, si es que acaso no resulta una verdadera quimera.

³⁸² Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 138°.- Impartición de justicia. Control difuso.

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

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.

³⁸³ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional.

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

³⁸⁴ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional.

Corresponde al Tribunal Constitucional:

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

³⁸⁵ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional.

Corresponde al Tribunal Constitucional:

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

Lo propio pasa en el control de constitucionalidad difuso que ejerce el Poder Judicial y el control concentrado que ejerce el Tribunal Constitucional. Puede ocurrir que una norma legal resulte inaplicada a un caso concreto por parte de un juez, a pesar de que dicha norma haya sido “ratificada” por parte del Tribunal Constitucional como una disposición conforme con la Constitución, al declarar infundada una sentencia en materia de acción de inconstitucionalidad. De hecho, para ser precisos, ello podía resultar perfectamente válido hasta antes del año 2004, cuando el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional determinó de manera expresa que “(l)os 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.”

El grave riesgo de configurar un sistema de jurisprudencia constitucional incoherente y debilitador de los derechos fundamentales, llevó a que el Tribunal Constitucional tratase de resolver dicha situación apelando a su carácter de supremo intérprete de la Constitución, para así, justificar el sometimiento de los demás jueces a su jurisprudencia. De hecho, las primeras reivindicaciones de su “suprema autoridad interpretativa” antecedieron a la llegada del Código Procesal Constitucional y de la Ley Orgánica, la cual le reconoció dicho título. Ya en noviembre del año 2002 el Tribunal Constitucional afirmaba lo siguiente:

“A diferencia de la actividad jurisdiccional efectuada en sede judicial, el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución.

Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermeneútica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional.³⁸⁶”

³⁸⁶ Exp. 2409-2002-AA/TC. Fundamento 1.

Al reconocer jurisprudencialmente, que su título de supremo intérprete de la Constitución, había sido –valga la redundancia– reconocido legislativamente a través de su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional no dudó en contextualizar la independencia de los poderes públicos y en particular la de los jueces del Poder Judicial:

“De ahí que la independencia que en todo Estado social y democrático de derecho deben gozar los poderes del Estado (vg. la independencia reconocida al Poder Judicial por el artículo 139º3 de la Constitución), no debe ser confundida con la capacidad de someter a la ciudadanía a la más absoluta incertidumbre en relación al contenido vinculante de las normas jurídicas, máxime si se trata de la Norma Fundamental.

El artículo 201º de la Constitución, aunado al derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 2º2), una de cuyas manifestaciones es la igualdad “en la aplicación de la ley”, y al principio de seguridad jurídica, que se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución (Cfr. STC 0016-2002-AI, Fundamento 5), sitúan al Tribunal Constitucional, en lo que a la interpretación constitucional se refiere, en la cúspide del Poder Jurisdiccional del Estado.³⁸⁷”

La gran mayoría de profesores constitucionales fue testigo complaciente del fortalecimiento de la actividad jurisprudencial de un Tribunal Constitucional que hasta hacía pocos años se había quedado mutilado, adoptando un rol precario y limitado en la defensa de la Constitución. Algunos autores, como es el caso de Pedro Grández, reconocieron el peligro que un excesivo activismo judicial podría representar para la propia institucionalidad del sistema de justicia, y aunque trató de acomodar la teoría de Lawrence Sager sobre una teoría de la interpretación constitucional “colaboracionista”, sin mayor profundidad³⁸⁸, terminó por reconocer que las

³⁸⁷ Exp. N° 0020-2005-AI/TC. Fundamento 158

³⁸⁸ El autor apenas grafica la tesis de Sager citando este extracto de su texto: “la tarea de interpretar la Constitución requiere la colaboración entre las generaciones constituyentes que fijaron el texto de este documento y quienes tienen la función de aplicar los preceptos textuales a casos concretos que se plantean en nuestra comunidad política.” (SAGER, L.G. Juez y Democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana. Madrid: Marcial Pons, 2004.p. 44). En: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Op.cit.p.99. La tesis de Sager queda en las nubes. Se menciona que el Tribunal Constitucional puede ser “un auténtico moderador de las luchas o conflictos de intereses y un pacificador de las tensiones que se producen entre el Derecho y los poderes fácticos.” Si bien el objetivo que aquí menciona puede resultar completamente loable, existen dos problemas no resueltos: (i) el primero es que no se dice cómo la actuación del Tribunal Constitucional logrará tan loable conflicto; y, (ii) que el problema central se ha dejado de lado: este loable objetivo no dice nada acerca de los límites del activismo judicial –al parecer– desenfrenado al que a veces recurre el Tribunal para hacer respetar los valores que sostienen a la Constitución.

acciones del Tribunal Constitucional peruano, encaminadas a fortalecer la eficacia de la Constitución en épocas de fragilidad democrática, le valieron muchos desencuentros con otras instituciones. Un claro ejemplo de ello resulta la reiterada jurisprudencia del Tribunal en la que establece que resulta competente para resolver las acciones de amparo interpuestas contra las sentencias del Jurado Nacional de Elecciones, a pesar de que los artículos 142^{o389} y 181^{o390} de la Constitución establezcan la irrevisibilidad de sus sentencias. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

“(…) aun cuando de los artículos 142.º y 181.º de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.³⁹¹”

Existen algunas voces disidentes y críticas respecto del rol que en los últimos años el Tribunal Constitucional ha asumido; en especial, respecto al ejercicio casi subyugador que emplea respecto de su título de “supremo intérprete de la Constitución”. Uno de ellos es Fernando

³⁸⁹ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 142.- Resoluciones no revisables por el Poder Judicial.

No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

³⁹⁰ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 181.- Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

³⁹¹ Exp. 02366-2003-AA/TC. Fundamento 4. En el mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias siguientes: Exp. 5854-2005-AA/TC, 2730-2006-PA/TC. Además, no se debe olvidar que a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0007-2007-PI/TC, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso 8) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional que establecía que resultaban improcedentes las acciones de amparo contra las sentencias del JNE salvo cuando las decisiones no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando violen la tutela procesal efectiva; permitiendo así, que el Tribunal Constitucional realice el control constitucional de cualquier sentencia que emita el JNE.

Velezmoro, quien en un lúcido análisis acerca del precedente constitucional, reparó en que de las normas constitucionales no se desprende ninguna jerarquía que ubique por encima, en un nivel interpretativo, al Tribunal Constitucional respecto de los jueces ordinarios³⁹². Eugenia Ariano, por su parte, sostiene una postura más radical y afirma la inconstitucionalidad de cualquier disposición que pretenda instaurar la vinculatoriedad de la jurisprudencia y lo expresa de la siguiente manera:

“De allí que cualquier disposición infraconstitucional que pretenda (como el artículo 22 LOPJ, el artículo 400 CPC, artículo 34 de la Ley N° 27584, el artículo 301-A del CPP, el artículo 433.3 del (nuevo) CPP) dotar a los jueces “más elevados” en la estructura organizativa judicial el poder de imponer sus creativísimas interpretaciones (que bien podrían ser “erradísimas”) a otros jueces bajo el nombre de “precedente vinculante” (o el que sea) no solo puede ser contraproducente, sino pura y simplemente inconstitucional, en cuanto no solo desvía a ese órgano jurisdiccional de su primaria función institucional de resolver “casos” concretos sobre la base del derecho, sino que implicarían el sometimiento de los demás jueces a “reglas preceptivas comunes” que, como lo demuestra el silencio de la STC N° 0047-2004-AI/TC, ni siquiera aparecen en el “mapa de fuentes diseñadas por la Constitución”³⁹³”

Las posturas de Velezmoro y de Eugenia Ariano son considerablemente distintas, aún cuando ambas se ubican en el -poco concurrido- extremo crítico del precedente constitucional. La postura del primero es crítica respecto de la tercera manera en la que el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando el extremo normativo propio del precedente; esto es, reescribiendo a modo de una nueva disposición normativa, una regla general y abstracta a la que incluso le ha adjudicado efectos similares a las de una ley³⁹⁴. La postura de Eugenia Ariano, en cambio, es

³⁹² Si bien Velezmoro también reconoce que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, parece haber establecido cierta obligación de los jueces ordinarios, de seguir las interpretaciones que realice el Tribunal Constitucional, parece condicionar su contenido; toda vez que “solo podrá ser acatado en tanto no viole algún dispositivo de la norma fundamental. En: VELEZMORO, Fernando. *El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo*. En: *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Susana Castañeda Otsu, Directora. Lima: Grijley editores, 2010.p 126

³⁹³ ARIANO DEHO, Eugenia. Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional. En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* N° 96. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.p.86

³⁹⁴ Velezmoro sostiene que el Tribunal Constitucional no ha sabido justificar por qué se desprende del artículo VII del Código Procesal Constitucional, la facultad de reescribir en forma de regla jurídica el extremo normativo al que alude. Lo que ha conseguido, a través de la práctica, es montar un esquema jurisprudencial “más sofisticado para

más radical y también la menos compartida en el medio académico nacional. Ella sostiene que, en tanto el numeral 1 del artículo 146° de la Constitución³⁹⁵ establece que los jueces ordinarios se encuentran sometidos a la ley y a la Constitución, resulta inconstitucional que una norma infraconstitucional vincule a los jueces a la jurisprudencia de cualquier otro órgano jurisdiccional. Antes de analizar esta afirmación, debe advertirse que fuera de estos casos, la gran mayoría de estudios acerca del precedente constitucional no han advertido ninguna violación de ningún principio constitucional, como consecuencia de la introducción del precedente constitucional. Solo algunos mostraron preocupación por el potencial abuso de dicha institución³⁹⁶.

La postura de Eugenia Ariano es muy interesante porque revela algunos rasgos de la cultura jurídica del *civil law* que se expresan a través de las prácticas institucionalizadas no jurídicamente-vinculantes. Me refiero a la apelación que hace al sistema de fuentes de derecho. Incluso en el artículo hace mención expresa a la pirámide de Kelsen y a la sentencia STC N° 0047-2004-AI/TC, a la cual critica ferozmente, y de la cual comparte su reivindicación kelseniana. Existe, al menos para un buen grupo de abogados formados bajo la visión kelseniana de las fuentes del derecho, una inconsolable necesidad por ubicar a todas las fuentes en una estructura jerarquizada y claramente determinada por una autoridad. Lo curioso de esta necesidad dogmática, es que no hay ninguna norma positiva que haya establecido el deber de seguir la forma o estructura piramidal que popularizó Hans Kelsen. La sentencia del Tribunal Constitucional en cuestión, es como lo afirma la propia Eugenia Ariano, un “tratadillo de Teoría General del Derecho”³⁹⁷, en el cual el el Tribunal desplegó, sin mayor razón, una

asegurar la sujeción de los jueces del Poder Judicial a sus criterios interpretativos respecto de la Constitución.” VELEZMORO, Fernando. *Op.cit.*p. 134

³⁹⁵ Constitución Política de 1993. Artículo 146.- Exclusividad de la función jurisdiccional. Independencia e inamovilidad.

(...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales:

1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y a la ley.

³⁹⁶ Los autores que mostraron su preocupación por la eventual arbitrariedad y abuso de poder que la potestad de determinar el extremo normativo le confería al Tribunal Constitucional, fueron Roger Rodríguez Santander y Pedro Grández. El primero recuerda que todo desarrollo jurisprudencial debe observar la máxima constitucional de equilibrio de poderes y de manera particular, debe respetar el principio de prudencia al resolver los casos. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Op.cit.* Mientras que el segundo llega a advertirnos que de no respetar los límites del propio caso, el Tribunal Constitucional peruano puede obligar a los demás jueces a convertirse en boca del precedente constitucional. GRANDEZ CASTRO, Pedro. *Las “peculiaridades” del precedente constitucional*. En: *Estudios al precedente constitucional*. Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro editores. Lima: Palestra editores, 2007.

³⁹⁷ ARIANO DEHO, Euenia. *Op.cit.*p. 82

descripción de varias decenas de páginas, de todas las fuentes formales del derecho peruano, ubicando a la jurisprudencia en el último lugar; lo que la autora interpretó como ubicarla en la base de la pirámide kelseniana. No es necesario aclararlo, pero vale la pena recordar que todo el desarrollo de “las fuentes del derecho peruano” de la sentencia, no resulta vinculante en lo absoluto en tanto no resuelve el objeto de la demanda.

Aunque debo adelantar que paso a adoptar, brevemente, una postura interna comprometida, creo que ello resulta justificado. El argumento de la profesora Ariano descansa sobre una base constitucional que considera que los jueces solo están sometidos a la ley y a la Constitución, en virtud del artículo 146° de la norma fundamental. El problema con esta defensa cerrada de la literalidad es que no analiza si el cambio introducido; esto es, si la instauración de la figura del precedente judicial, resulta necesariamente vulneratoria de dicha disposición constitucional. Creo al respecto, que ello no es así. De hecho los jueces peruanos saben que no solo se encuentran sometidos a la ley y a la Constitución, sino a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú, así como a la costumbre y a los principios generales del Derecho³⁹⁸.

Pero al margen de esto, la verdadera pregunta de fondo es si añadir la vinculación de los jueces a la jurisprudencia de ciertos órganos jurisdiccionales especiales, atenta contra algún principio constitucional. Algunos, incluida la profesora Ariano, sostienen que vulneraría su independencia judicial. Esto, sin embargo, es muy difícil de sostener si se tiene en cuenta que lo que en buena cuenta es el contenido de la parte vinculante de una sentencia, es el sentido interpretativo escogido de alguna disposición positiva, ya sea una regla o un principio. Con lo cual la “creatividad” del juez es una figura muy relativa, en tanto y en cuanto, detrás de ese sentido interpretativo escogido, se encuentra una disposición normativa de la cual deriva.

No se puede negar, sin embargo, que mediante la figura del precedente judicial se introduce un nuevo riesgo en el sistema legal: el riesgo de que el juez ordinario quede atado a una decisión errada. Ese riesgo es contemplado en los sistemas legales que forman parte del *common law* y es plenamente asumido: los jueces no pueden apartarse del precedente porque lo crean errado, solo podrán inaplicarlo al caso concreto si consideran que los hechos determinan que

³⁹⁸ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 139.- Principios y derechos de la función jurisdiccional.

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

no son casos análogos. No obstante esto, resulta difícil sostener que ello configuraría la vulneración a la independencia judicial. El día de hoy miles de sentencias han sido redactadas y probablemente cientos de ellas contengan errores, los cuales no pueden ser reivindicados en el nombre de la independencia judicial.

El punto central al que deseo arribar es que la jurisprudencia vinculante no es arbitraria en su contenido y puede ser tan errada como cualquier otro grupo de sentencias que se expiden todos los días. Lo que debe tenerse presente son los otros valores que se resguardan a través del precedente judicial –y de manera concreta el constitucional- para observar su validez. Aquí hago referencia de manera directa al principio de igualdad ante el Derecho, en tanto que la uniformidad de la jurisprudencia hace posible que los ciudadanos sean tratados de manera similar ante casos similares, algo que es casi imposible de conseguir hoy en día a la luz de la independencia judicial. Por estas razones, es muy difícil sostener la idea de que todo intento de introducir por vía legislativa la figura del precedente constitucional resulta inconstitucional. Así como resulta insostenible afirmar que los jueces ordinarios del Poder Judicial no se encuentran atados a la jurisprudencia general del Tribunal Constitucional. Para comprender mejor esto es momento de volver a analizar comparativamente a los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

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.

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. (Cursivas añadidas).

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose

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

La similitud respecto del alcance normativo del último párrafo del artículo VI y el contenido del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es evidente. Ambos preceptos tienen como objeto común la vinculatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de los jueces ordinarios. 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.

La evidente yuxtaposición entre ambas disposiciones, que ha arrancado como se ha visto en el primer capítulo, varios intentos (algunos más exitosos que otros) por aclarar sus alcances, tiene una explicación que más tiene que ver con el diseño *in situ* de políticas jurisdiccionales, que con el análisis dogmático del Derecho. Al interior del Grupo de Profesores que se encargaron de diseñar el Proyecto del Código Procesal Constitucional no hubo una coordinación final entre quienes elaboraron el artículo VI y el artículo VII, incluso es correcto afirmar que no hubo ninguna clase de coordinación entre ambas propuestas³⁹⁹; lo cual explica lo intrincado que resulta una interpretación armoniosa entre ambas disposiciones.

A ello hay que añadir el lamentable hecho de que el artículo VI resulta una copia del numeral 1 del artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial español. A continuación el texto en su versión original:

1. 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.

³⁹⁹ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

Esta abierta descoordinación al interior del Grupo de Profesores que preparó el Proyecto del Código Procesal Constitucional y el penoso acto de copia que puede ser entendido como un trasplante-legal, resultan peligrosos para el diseño de una política jurisdiccional tan importante como lo es la vinculatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estas consideraciones acerca de la manera en la que se introdujeron ambas disposiciones, por supuesto, en nada perturban la necesidad de la doctrina jurídica por elucidar sus “verdaderos” alcances normativos.

Es precisamente en esta línea en la que debemos volver la mirada respecto de la interpretación que realizó el profesor Samuel Abad sobre los artículos en cuestión. Aunque sigo afirmando que su interpretación es formalista, el contexto de yuxtaposición de las disposiciones, así como su participación como miembro del Grupo de Profesores que elaboró dichas disposiciones, ayudan a comprender mejor su especial compromiso por hallar distinciones ahí donde no las hay. Como vimos en el capítulo uno, el profesor Abad encontraba la diferencia en que, mientras el artículo VI configuraría doctrina jurisprudencial, el precedente constitucional tendría efectos normativos:

“Como puede apreciarse el precedente tiene carácter normativo. Así lo ha sostenido el TC al indicar que el precedente “(...) tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, 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 públicos⁴⁰⁰.”

Lo insuficiente de dicha concepción es que no termina por responder a la pregunta central: ¿queda o no vinculado un juez ordinario a la sentencia que no es precedente constitucional?, y si es así, ¿cómo debe entenderse dicha vinculación? En España, como era de esperarse, la discusión en torno al numeral 1 del artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, llevó a muchos académicos a responder las mismas preguntas. Para Vives, dicha disposición no consagra el carácter “fonticio” de las decisiones del Tribunal Constitucional respecto de los jueces. Para ello se basa en el argumento usado por Eugenia Ariano, según el cual el juez queda atado solo a la ley⁴⁰¹. Por su parte, Leonor Moral Soriano considera que sí existe una

⁴⁰⁰ ABAD YUPANQUI, Samuel. *Ibíd.* 48. Incluye la cita hecha al Exp. N° 0024-2003-AI/TC.

⁴⁰¹ Ciertamente, Vives añade como segundo argumento el que el Tribunal Constitucional español en una sentencia del 14 de julio de 1982, estableció su facultad de apartarse de sus propios precedentes, con lo cual debilitó la

vinculotariad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, aunque dicha vinculación es relativa, entiendo a las sentencias como argumentos que deben ser analizados al interior de un caso y no como reglas con carácter de todo o nada, en su seguimiento⁴⁰².

Como sabemos, las interpretaciones de una misma regla que ha sido transplantada de otro sistema legal, hecha por profesionales del Derecho de ese sistema legal, no vinculan la respuesta que de ella se debe realizar en casa. Por ello, estas interpretaciones deben tomarse solo como argumentos ilustrativos. La interpretación del profesor Samuel Abad, por su parte, revela algo más importante. Me refiero al compromiso que ha sido caracterizado como un elemento cultural central del Estado de Derecho en Occidente: el compromiso con la razón. Ello se plasma en su propio intento académico por expresar diferencias que permitan armar un discurso racional acerca de dos disposiciones que se yuxtaponen. De modo que el valor de su interpretación, al menos en clave del Análisis Cultural del Derecho, excede ampliamente el impacto semántico de sus proposiciones.

3.3.2. El secreto de sus ojos: el precedente visto por el Tribunal Constitucional

Como lo importante es analizar lo que los principales actores jurídicos peruanos creen respecto del alcance del precedente constitucional, empezaré por analizar la concepción que el propio Tribunal Constitucional desarrolló al respecto. En el caso conocido como “Municipalidad Distrital de Lurín”, del 10 de octubre del 2005, el Tribunal Constitucional tuvo que analizar la constitucionalidad de una ordenanza municipal de la Municipalidad Provincial de Huarochirí, a través de la cual se realizaron cambios a la demarcación territorial que afectó a la primera entidad edil, siendo el único competente para realizar tales modificaciones el Congreso de la República. Luego de anunciar los antecedentes del caso y sin que en ellos se haga referencia a ningún argumento de las partes que involucrara a la “naturaleza” de las sentencias del Tribunal Constitucional, a este se le ocurre que es una buena oportunidad para hacer pedagogía constitucional, mencionando lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional, en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su actividad jurisdiccional, estima pertinente, antes de pronunciarse sobre la demanda de autos,

fuerza vinculante de los mismos. En: VIVE, T.S. *Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional*. En: Poder Judicial, 1986.p. 9 y siguientes.

⁴⁰² MORAL SORIANO, Leonor. *El Precedente Judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.pp. 163-164.

precisar la estructuración interna y alcances de sus sentencias. Entonces, en lo que sigue, se determinará la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes vinculantes; las condiciones y efectos del cambio del precedente vinculante; y la utilización del precedente como forma de cubrir una laguna. Asimismo, se explicará, *in genere*, los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales en general.⁴⁰³

En esta sentencia, el propio Tribunal Constitucional reconoce que el precedente constitucional descansa sobre dos valores importantes: (i) la posibilidad de dotar de coherencia y uniformidad de la jurisprudencia; y, (ii) el hecho de que revela el poder normativo que detenta el Tribunal Constitucional⁴⁰⁴. Asimismo, reconoce que el uso del precedente se sustenta o depende de algunas condiciones, entre de las cuales se encuentra la relación entre el caso (los hechos, los argumentos de las partes, las pruebas y el razonamiento del juez) y el precedente vinculante⁴⁰⁵. Este último dato es fundamental, pues a pesar de que la sentencia en cuestión no es un precedente, toda la descripción pedagógica que realiza respecto de la estructura del precedente constitucional es exactamente eso: una exposición pedagógica sin ningún grado de vinculación, ni siquiera para las partes del proceso. En tanto todas estas consideraciones expositivas nada tienen que ver con el objeto de la causa que resuelve el Tribunal Constitucional, su fuerza es la fuerza de una opinión más. Una opinión que sin embargo, nos revela mucho de las creencias culturales de uno de los actores jurídicos más relevantes del sistema legal peruano.

En esa misma sentencia, el Tribunal Constitucional mencionó que, “el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general.”⁴⁰⁶ Asimismo, en una sentencia que sí resulta ser un precedente constitucional, conocida como el caso Ramón Salazar Yarlenque, el Tribunal Constitucional hace, nuevamente, gala de su espíritu pedagógico y expone la “naturaleza” del precedente constitucional, sus requisitos y sus alcances. Respecto a la pregunta central que dejamos sin responder unos párrafos arriba, el Tribunal Constitucional no dudó en afirmar que tanto la jurisprudencia constitucional a la que hace referencia el artículo VI, la cual adquiere el nombre de doctrina constitucional, como los precedentes vinculantes que

⁴⁰³ Exp. 0024-2003-AI/TC. Consideraciones previas.

⁴⁰⁴ Exp. 0024-2003-AI/TC. Fundamentos: las sentencias en materia constitucional.

⁴⁰⁵ Exp. 0024-2003-AI/TC. Fundamentos: Condiciones del uso del precedente constitucional.

⁴⁰⁶ Exp. 0024-2003-AI/TC. Fundamentos: las sentencias en materia constitucional.

dicta en nombre del artículo VII, tienen fuerza vinculante respecto del resto de funcionarios. La diferencia radicaría en el poder normativo que ejerce el Tribunal en el segundo caso. En sus propias palabras:

“(…) De este modo, si bien 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.⁴⁰⁷”

Lo problemático de la distinción aquí enunciada por el Tribunal Constitucional, se encuentra en la caracterización que emplea respecto del concepto de “poder normativo general” que le otorga el poder de extraer una norma (de alcance general) a partir de un caso concreto. Es problemático el razonamiento, debido a que el carácter normativo de una decisión reside en su poder de vincular a terceras personas (o agentes jurídicos) fuera de las partes que forman parte del proceso; razón por la cual, es apropiado decir que la “doctrina constitucional” del Tribunal Constitucional también ejerce un poder normativo respecto de los jueces del Poder Judicial. Sin embargo, al equiparar dicho carácter normativo con la vocación de generalidad se crea una nueva acepción que inmediatamente después es reforzada por el propio Tribunal Constitucional, cuando menciona lo siguiente:

“En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del Common Law, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos.⁴⁰⁸”

No es extraño que, contrariamente a su práctica judicial, el Tribunal Constitucional no haya usado ninguna cita de algún insigne jurista anglosajón para justificar semejante tesis. Ello debe responder, entre otras cosas, a la imposibilidad fáctica de encontrar a algún autor que sostenga tremenda mentira. Los precedentes en el *common law* son trabajados de manera integral, no de manera compartimentalizada como sucede en el caso peruano. Las razones que justifican la decisión del caso concreto pueden leerse como reglas que en el curso de la historia, pueden

⁴⁰⁷ Exp. 3741-2004-AA/TC. Fundamento 43.

⁴⁰⁸ Exp. 3741-2004-AA/TC. Fundamento 46.

ser enseñadas como resultados específicos, pero nunca de manera independiente de los hechos del caso concreto.

El riesgo que se crea con esta mentalidad (o conjunto de creencias), es el de proferir reglas generales que no guarden relación directa con el caso concreto. Si bien la posición de Fernando Velezmoro es algo más radical al señalar que el Tribunal Constitucional “se inventó” la facultad de extender los alcances de sus decisiones en procesos constitucionales concretos –pues la acción de inconstitucionalidad sí lo permite en el caso del control abstracto-, no duda en señalar este grave riesgo que implica el adjudicarse una potestad casi legislativa. La expedición de un precedente cuyo extremo vinculante sea plasmado en forma de una regla general y abstracta, parte más de una premisa ideologizada –ligada a la corriente del neoconstitucionalismo- que de una sólida base constitucional reconducible a alguna norma jurídica que la sustente⁴⁰⁹.

De hecho, el Tribunal Constitucional fue construyendo a través de su práctica jurisdiccional los contornos de esa potestad de determinar el extremo normativo de los precedentes constitucionales. Como mencioné anteriormente, hubo tres fases con tres características definitorias distintas de dicha competencia. En un primer momento el Tribunal Constitucional no ejerció, propiamente dicho, la facultad de determinar el extremo normativo de la sentencia, limitándose a señalar que la sentencia en cuestión era precedente constitucional. Bajo ese esquema, el precedente constitucional peruano era similar al precedente del *common law*, en tanto, la tarea de determinar cuál era la *ratio decidendi* (o razón suficiente⁴¹⁰) que vinculaba al juez ordinario, resultaba una tarea de descubrimiento este último juez y no venía predeterminada por el Tribunal Constitucional⁴¹¹.

⁴⁰⁹ VELEZMORO, Fernando. *Op.cit.* pp.134-135

⁴¹⁰ El Tribunal Constitucional ha adoptado el siguiente concepto de razón suficiente:

“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, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la base, base o puntal de un precedente vinculante.” En: Exp. 0024-2003-AI/TC. Fundamentos: Las sentencias en materia constitucional.

⁴¹¹ A este período corresponden las siguientes sentencias: Exp. N° 3760-2004-AA/TC, 2616-2004-PC/TC, 3482-2005-PHC/TC y 4227-2005-PA/TC. Ejemplos de sentencias citados por: VELEZMORO, Fernando. *Op.cit.*p.118

En un segundo momento, el Tribunal Constitucional expresó hacia el final de las sentencias que constituían precedentes vinculantes, qué fundamentos jurídicos de las mismas eran los que constituían el extremo normativo vinculante⁴¹². Mediante esta política, el Tribunal empezó a cumplir lo que mandaba la disposición del artículo VII: indicar cuál era el extremo normativo. El riesgo de esta estructura jurisprudencial es evidente: es perfectamente posible que el Tribunal señale como extremo normativo vinculante, fundamentos jurídicos que no sean las verdaderas razones que explican la decisión final del caso. Sobre todo si se toma en cuenta la experiencia concreta del Tribunal y de su activismo y su recurrente inclinación pedagógica, que lo llevan a desarrollar conceptos, tesis, reglas y hasta principios que no se circunscriben al objeto del caso⁴¹³. La razón de la escogencia de este paternalismo jurisprudencial será estudiada y revelada como un rasgo de la cultura jurídica peruana en el último capítulo de la investigación.

Por último, la tercera y última etapa expresa una estructura que lleva hasta sus últimas consecuencias la potestad de “identificar el extremo normativo” de la sentencia que constituye el precedente constitucional. El Tribunal Constitucional decidió a partir del caso Ramón Salazar Yarlenque, re-escribir a través de una estructura similar a la de una ley, esto es, cual regla jurídica, el extremo normativo vinculante⁴¹⁴. Los fundamentos jurídicos que dan razón a la decisión final del caso concreto ya no se indicarán en la parte argumentativo de la sentencia, sino que será reelaborados con la clara pretensión de asimilarlos a la forma de una ley. A modo de ejemplo se puede apreciar una de las reglas dictadas como extremo normativo en dicho caso:

“B) (...)”

⁴¹² Las sentencias que forman parte de dicha estructura del precedente constitucional son las siguientes: Exp. 3771-2004-HC/TC, 2798-2004-HC/TC, 1150-2004-PA/TC, 2496-2005-PHC/TC, 1805-2005, 2302-2003-PA/TC, 1417-2005-PA/TC, 0053-2004-AI/TC, 1966-2005-HC/TC, 0168-2005-AC/TC, 5854-2005-PA/TC, 2802-2005-PA/TC, 0206-2005-PA/TC, 3361-2004-PA/TC, 4677-2004-PA/TC, 0030-2005-PI/TC, 4635-2004-PA/TC, 1257-2005-PHC/TC, 2877-2005-PHC/TC, 5189-2005-PA/TC, 3075-2006-PA/TC, 3362-2004-PA/TC y 2349-2005-PA/TC. Sentencias citadas por: VELEZMORO, Fernando. *Ibid.* p. 119

⁴¹³ Juan Monroy Gálvez reconoce que en el *common law*, no existe una disposición que determine qué es exactamente la ratio decidendi de un caso, la respuesta a ello la expresa de la siguiente manera: “Creemos más bien, que la negativa a establecer un criterio uniforme sobre ella, se debe a la necesidad de conceder a los jueces una mayor amplitud en el uso de técnicas de interpretación sobre el precedente.” En: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*. p. 14. Disponible en línea: <http://blog.pucp.edu.pe/media/2841/20110702-Monroy%20-%20precedentes.pdf>

⁴¹⁴ A este periodo corresponden las siguientes sentencias: Exp. N° 3741-2004-PA/TC, 1333-2006-PA, 9381-2006-PA, 7281-2006-PA, 4853-2006-PA, 6612-2005-PA/TC, 1087-2005-PA/TC, 0061-2008-PA/TC, 5430-2006-PA/TC, 4762-2007-PA/TC y 2513-2007-PA/TC.

Regla sustancial: 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.⁴¹⁵

Bajo esta nueva modalidad, la radicalidad de las formas jurídicas hace crecer exponencialmente el riesgo de hacer pasar por *ratio decidendi*, aquello que no es razón de ninguna idea que se exprese en la parte resolutive de la sentencia. El paternalismo jurisprudencial se transforma ante nuestros ojos y se convierte en perfeccionismo jurisprudencial. El Tribunal Constitucional ya no solo ha decidido guiar de la mano al juez, sino que ahora ha decidido entregarle los alimentos casi masticados, totalmente disueltos en una masa en la que se hace casi imposible distinguir las verdaderas razones justificantes. Aún cuando no resulte imposible dicho ejercicio, resultará ocioso e inútil.

Aunque no resulta oportuno analizar los detalles del caso Ramón Salazar Yarleque, resulta ilustrativo destacar que la otra regla establecida como precedente vinculante fue el otorgamiento de la facultad de inaplicar las disposiciones normativas con rango de ley, a los órganos colegiados de la administración, cuando estas contradigan alguna disposición de la Constitución. El reconocimiento jurisprudencial del control difuso administrativo fue expuesto en los siguientes términos:

“A) (...)

Regla sustancial: 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 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.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Exp. 3741-2004-AA/TC. Fundamento 50.

⁴¹⁶ Exp. 3741-2004-AA/TC. Fundamento 50.

Si bien dicha decisión generó acérrimas críticas de parte de la academia peruana, resultaría mezquino no reconocer una virtud procesal importante: dicho extremo normativo que consagra el control difuso de la administración pública constituye la respuesta a un hecho central del caso, no es una respuesta que cae del cielo. Me refiero, de manera concreta, al hecho que denuncia Ramón Salazar Yarlenque como constitutivo de la vulneración a su derecho al debido proceso administrativo, en su vertiente de derecho a impugnar las decisiones de la administración. Ramón Salazar fue multado por la Municipalidad de Surquillo y cuando quiso apelar dicha decisión fue obligado a pagar una tasa ascendente a S/. 15.00, la cual considera una restricción administrativa injustificada que le impide el acceso a la justicia.

Una de las mejores críticas efectuadas a dicha sentencia del Tribunal Constitucional fue la desarrollada por el español Juan Antonio García Amado⁴¹⁷. En realidad, su rechazo a la sentencia puede dividirse en dos argumentos centrales. El primero, que no comentaré en este espacio pues excedería de largo los intereses de la presente investigación, guarda relación con el carácter especial de vinculación que el Tribunal desea establecer entre el órgano administrativo resolutor y la Constitución. Según García Amado, dicha relación no es de carácter semántico, sino axiológico: los jueces deben abandonar la aplicación de una ley que sea incompatible con los valores presentes en una determinada disposición constitucional. Para García Amado, reconocer esta facultad es un despropósito mayúsculo, pues estaría legitimando la posible arbitrariedad constitucional⁴¹⁸. El autor llega a esta conclusión a través de una premisa conceptual sumamente controvertida en la actualidad: hablar de objetivismo moral sería una utopía, pues todos sabemos que de una sola proposición moral pueden desprenderse distintas y hasta contradictorias interpretaciones.

La segunda tesis central de Juan Antonio García Amado es la denuncia de la grave incoherencia institucional a la que induce el Tribunal Constitucional al exceptuar del control difuso a aquellas normas cuya constitucionalidad fuera confirmada por este. Al hacer esto, según García Amado, el Tribunal Constitucional se estaría colocando por encima del legislador. La idea central es que una norma infraconstitucional, legal o reglamentaria, no resulta “menos

⁴¹⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC*. En: Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Coordinador: VELEZMORO, Fernando. Lima: Editorial Grijley, 2010.

⁴¹⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Ibid.* p. 47.

constitucional” por el hecho de que el Tribunal Constitucional no haya llegado a pronunciarse sobre dicha materia⁴¹⁹.

Más adelante analizaré una reciente sentencia que deja sin efectos el precedente constitucional establecido en el caso Ramón Salazar Yarlenque, sin embargo, por el momento vale la pena rescatar que lo que demuestra esta práctica jurisdiccional es muy relevante en términos del Análisis Cultural del Derecho. Ahí donde la ley, a través del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, no especificó la manera en la que debía aplicarse la facultad de determinar el extremo normativo, el Tribunal Constitucional terminó por arribar a un modelo de reglas abstractas y generales. Las razones o motivos que llevaron al Tribunal a escoger dicha forma jurídica de enunciación del extremo vinculante pueden parecer más prácticas que ideológicas.

Aquí es donde se abre el camino de las suposiciones al que no me interesa entrar. Tan solo me parece importante rescatar el hecho de que, aún cuando el motivo de esta decisión haya tenido que ver con la utilidad práctica de las reglas jurídicas, las cuales otorgan siempre mayor poder de discrecionalidad y de sujeción a quien las dicta y puede hacerlas cumplir, ello no quita que exista un elemento ideológico detrás. Justamente, es la ideología la que nos hace creer que escogemos algo de manera no-condicionada. En el caso de la puesta en práctica del artículo VII del Código Procesal Constitucional, puede advertirse el peso de la cultura legal del *civil law*, no a manera de explicación causal, pero sí de determinación de lo posible. Esto significa que aún cuando la intención haya sido controlar de la manera más precisa posible la actividad judicial de los jueces ordinarios, la plataforma cultural hizo posible que entre aquellas cosas que aparecían como “lo imaginable” o “lo decible”, se encontrara y se prefiriera el esquema de regla general y abstracta que analicé en primer capítulo y que se remonta hasta Leibniz⁴²⁰. Un modelo de instrumento jurídico, propio del *civil law*, que llegó a su cúspide con el fenómeno de la codificación y que condicionó una forma de razonamiento que, en algunos casos, dio paso al formalismo jurídico.

⁴¹⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Íbid.* p. 45

⁴²⁰ Como se observó, Leibniz llega al método inductivo que le permite construir la tesis de las reglas generales y abstractas, bajo la creencia de que este era el único método posible que haría reconciliable el derecho positivo con las reglas del derecho natural. Existe, desde es momento, una necesidad imperante por partir de decisiones particulares a “hacia un conjunto de principios más generales”. En: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Tabula Iuris*. *Op.cit.*p. 820

Antes de pasar al siguiente punto resulta importante destacar y exponer los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional, en el caso Ramón Salazar Yarlenque, frente a los cuales puede dictar precedentes vinculantes. Si bien dichos supuestos habían sido enunciados en el caso Municipalidad Distrital de Lurín, el haber sido recogidos en una posterior sentencia que además constituye precedente constitucional realza su fuerza persuasiva. Incluso es correcto afirmar que la propia práctica jurisprudencial ha convertido dichos supuestos en vinculantes, por su constante referencia como pautas que deben ser cumplidas por dicho órgano. Los supuestos que habilitan el dictado de un precedente constitucional son 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.⁴²¹

Como puede apreciarse, la idea fundamental que recorre los supuestos habilitantes del dictado de precedente vinculantes es la uniformidad jurisprudencial a través de la correcta interpretación de las disposiciones normativas. Ya sea que la necesidad provenga de una serie de pronunciamientos contradictorios por parte de jueces ordinarios sobre disposiciones de

⁴²¹ Exp. 3741-2004-AA/TC. Fundamento 41.

relevancia constitucional, de una serie de interpretaciones erróneas en materia constitucional que valen la pena ser reorientadas jurisprudencialmente, o de la posibilidad de circunscribir la interpretación constitucional a un solo sentido interpretativo correcto, el objetivo perseguido es el mismo y muy similar al que se persigue en el fuero civil mediante la casación.

En el siguiente apartado se analizará cómo, paradójicamente, al dictar el precedente vinculante del caso Ramón Salazar Yarlenque, el Tribunal Constitucional no cumplió con respetar los supuestos habilitantes de la expedición de precedentes constitucionales estipulados en esa misma sentencia.

3.3.3. Un precedente que socava la legitimidad del Tribunal Constitucional

De otro lado, las justificadas preocupaciones y críticas respecto de la facultad del Tribunal Constitucional de determinar la vinculatoriedad de su jurisprudencia respecto de los jueces del Poder Judicial, supera el plano de la objeción de validez de los artículos VI y VII y se dirige, más bien, al cuestionamiento por la legitimidad del Tribunal Constitucional. Este, como se vio en el primer capítulo, es otro rasgo cultural propio del Estado de Derecho. La preocupación no se centra solo en la compatibilidad racional entre los artículos VI y VII, sino que va más allá y ataca los fundamentos de la legitimidad del Tribunal Constitucional como institución encargada de producir elementos normativos que vinculen a los jueces ordinarios.

En este momento vuelvo a inmiscuirme en los asuntos internos de la discusión jurídica con la intención de exponer las zonas de tensión que se encuentran inmersas en la discusión por la legitimidad del Tribunal Constitucional. Una primera y obvia respuesta indica que la legitimidad del Tribunal Constitucional encuentra su fundamento en la delegación de competencias que la Constitución le ha conferido. Después de todo, como sostiene Carlos Santiago Nino, la Constitución es ese “producto histórico –prescripciones y prácticas que se reflejan en textos- de un cierto procedimiento legítimo”⁴²², el cual permite acceder a los valores morales que fundamentan los juicios justificatorios de las proposiciones descriptivas que pueden emanar de dichas prescripciones⁴²³. Una de ellas, ciertamente, es la adjudicación del título de “órgano de

⁴²² NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, 2da reimpresión de la primera edición de 1992.p. 32

⁴²³ NINO, Carlos Santiago. *Ibíd.*p.33

control de la Constitución” al Tribunal Constitucional, establecido en el artículo 201° o las competencias específicas señaladas en el artículo 202°.

Ciertamente, el propio y problemático título de “supremo intérprete” de la Constitución⁴²⁴, adjudicado por el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como las facultades otorgadas a dicha entidad por los artículos VI y VII, dotan de un importante elemento de legitimidad. Después de todo, la ley sigue formando bajo nuestro esquema cultural, la manifestación de la voluntad general del pueblo. Sin embargo, existe la percepción, ciertamente minoritaria, pero que cada día comienza a encontrar más adeptos, de que el activismo del Tribunal Constitucional origina un problema que podría definirse como el de “usurpación de competencias constitucionales”, en tanto llega a imponer sus perspectivas políticas al resto del ordenamiento jurídico, ejerciendo facultades legislativas.

El problema es simbólico con fuertes repercusiones prácticas. En lugar de entender la labor de interpretación constitucional como potestad delegada al Tribunal Constitucional, se le ha conferido el estatus ontológico de órgano de control y de supremo intérprete de la Constitución. Con esto se genera la creencia de infalibilidad del Tribunal Constitucional, muy similar al concepto canónico de “infalibilidad pontificia”. Que el Tribunal Constitucional sea la última instancia en resolver apelaciones en materia de justicia constitucional de las libertades, así como el encargado de ejercer el control abstracto de las normas con rango de ley, es una cosa muy distinta de predicar que por esta razón, debe ejercer el monopolio de la autoridad interpretativa.

Las implicancias prácticas son reales, ahí se encuentran los últimos desarrollos doctrinarios jurisprudenciales en los que el Tribunal desarrolla conceptos que no son necesarios para fundamentar la sentencia y que, sin embargo, pretende que rijan la vida constitucional del país. Si se adoptara la noción de “intérprete delegado de la Constitución”, se tomaría consciencia de que en cada decisión se asume el riesgo de la equivocación y que por lo tanto, y a pesar de ser la última instancia, la actividad interpretativa es continua y se despliega en la historia

⁴²⁴ Existe, curiosamente, una sentencia en la que el Tribunal Constitucional parece reconocer que el estatus de supremo intérprete no significa que su producto interpretativo sea la única interpretación posible, solo la definitiva. Lamentablemente, su actividad jurisprudencial se inclina en el camino opuesto. Exp. 0020-2005-PI/TC, Fundamento 156.

constitucional y jurisprudencial del país⁴²⁵. Se abandonaría, de este modo, la creencia de la supremacía ontológica del los magistrados constitucionales.

Lo que está sucediendo es el nacimiento de la discusión acerca de la legitimidad del Tribunal Constitucional respecto de su capacidad para emitir precedentes vinculantes. Más allá de las expresas normas positivas que lo habilitan en esta dirección, existe un minoritario, pero claro, sinsabor respecto de la posible exacerbación de sus facultades y se reclama, por lo tanto, un punto de apoyo constitucional que legitime su actuación.

Este camino ya ha sido recorrido respecto del control de constitucionalidad de las normas emitidas por el Parlamento. En el ámbito del *civil law*, se reconoce a Hans Kelsen como el precursor del Derecho Procesal Constitucional, gracias a sus aportes teóricos sobre la importancia del rol del Tribunal Constitucional como “defensor de la Constitución”⁴²⁶, a través de un proceso que ha sido catalogado como uno en el que el Tribunal Constitucional ejerce las funciones de un “legislador negativo”⁴²⁷.

La historia del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos excede largamente el espacio que aquí le puedo brindar, sin embargo es interesante tomar en cuenta el brillante estudio que al respecto emprendió Roberto Gargarella⁴²⁸. La contextualización de las luchas por la captación de las demandas de la ciudadanía a través de los vehículos

⁴²⁵ En Estados Unidos viene desarrollándose una teoría constitucional conocida como “constitucionalismo popular”, la cual adquirió especial relevancia como consecuencia de la publicación del libro del Profesor de Stanford, Larry Kramer, titulado “Constitucionalismo popular y control popular de las leyes”. La idea central de esta corriente es rescatar la participación del pueblo en la configuración del Derecho Constitucional estadounidense. La tarea consiste en reservar un papel fundamental a la “interpretación extrajudicial” de la Constitución. En: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

⁴²⁶ Resulta fundamental rescatar también la atención que Hans Kelsen le puso a los principios procesales que jugaban un rol gravitante en el ejercicio del control constitucional. No debe olvidarse que el propio Kelsen fue magistrado de la Corte Constitucional austríaca. Como descata Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Kelsen llegó a resaltar la importancia de los principios de publicidad y de oralidad en el proceso de inconstitucionalidad de una norma, más allá de que reconociera que se trata de un proceso “de puro derecho”. Este dato, sobre el diseño procesal que condiciona –de alguna manera– el resultado judicial, será rescatado más adelante al abordar el tema de la legitimidad del precedente constitucional. FERRER Mac-GREGOR, Eduardo. *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*. Madrid: editorial Marcial Pons, 2008.p. 78

⁴²⁷ En su famosa réplica a Carl Schmitt, titulada, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” (¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?), Kelsen sostiene la tesis de que ningún juez puede ser juez de su propia causa razón por la cual la tarea de realizar el control constitucional de las leyes le corresponde a un órgano autónomo e independiente de las funciones del Estado. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: editorial Tecnos, 1995.

⁴²⁸ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

institucionales como las legislaturas y su posterior abandono, resultan determinantes para comprender la gestación de los discursos como el de Madison⁴²⁹, que reivindicaron la revisión de los potenciales abusos del Congreso. Al igual que sucedió en el caso del precedente, la construcción de las razones que justificaban el control judicial de las leyes, esto es, de la legitimidad de los jueces para hacerlo, fue el producto de la interacción de varios actores jurídicos a lo largo de la historia. La legitimidad raramente cae del cielo, de la mano de una ley positiva. Así, Gargarella rescata algunas importantes sentencias, previas a *Marbury v. Madison*, como *Vanhome's Lesse v. Dorrande*, en la que el juez Patterson señala que los actos legislativos que iban en contra de la suprema ley de la tierra (la Constitución), debían ser declarados nulos⁴³⁰; o el caso *Hylton v. Estados Unidos*, en el cual la corte hizo explícita su convicción respecto a que tenía el deber de resolver en contra de cualquier ley que contradijera la Constitución⁴³¹.

La sentencia de *Marbury v. Madison*, aunque innovadora y audaz desde el punto de vista de la teoría constitucional, representa el punto de culminación del discurso de supremacía de la Constitución que había ido forjándose en distintas cortes y en distintos tratados académicos. No apareció de la nada, no fue un acto de creación de lo “indecible”. El estudio que emprende Gargarella es notable porque da cuenta de las teorías que posteriormente fueron construyéndose para legitimar la potestad jurisdiccional del control de las leyes del Congreso. Esto confirma la idea de que la legitimidad no se circunscribe o no se contenta con actos positivos plenamente válidos. Al parecer, un rasgo cultural de las comunidades jurídicas Occidentales consiste en la construcción de la legitimidad del poder jurificado, incluso después de que la autoridad haya decidido introducir un cambio institucional importante.

Lo que sucede actualmente en el caso peruano es justamente eso, la construcción difusa de un discurso que busca hallar la legitimidad no del control constitucional de leyes, sino del poder de atar a los jueces ordinarios, con las decisiones del Tribunal Constitucional. Aquí también debo avisar que vuelvo a inmiscuirme en el enfoque interno comprometido con el resultado al adelantar mi postura acerca de la legitimidad del precedente constitucional. La primera

⁴²⁹ De acuerdo a Madison, los jueces podían actuar “como un freno adicional contra la persecución de las medidas injustas y poco sabias (a las que era proclive el Congreso)”. FARRAND, M. *The Records of the Federal Convention of 1878*.p. 74 Citado por: GARGARELLA, Roberto. *Ibid*.p. 57

⁴³⁰ GARGARELLA, Roberto. *Ibid*.p. 61

⁴³¹ GARGARELLA, Roberto. *Ibid*.

advertencia respecto a esta búsqueda justificativa está relacionada con la insuficiencia de la atribución de dicha legitimidad a las capacidades “técnicas” de los magistrados, consignadas como requisitos para ser “elegibles” en el artículo 201° de la Constitución⁴³².

La segunda advertencia está relacionada con el modo en el que son elegidos, a través del Congreso de la República⁴³³. Así como sus competencias técnicas, la legitimidad política que obtienen al ser designados por los representantes del pueblo tampoco constituye la legitimidad del precedente constitucional. Es innegable que ambas variables constituyen los pilares de la legitimidad de los magistrados constitucionales del Tribunal⁴³⁴; sin embargo, esa legitimidad se circunscribe a su faceta abstracta de ejercicio de la jurisdicción constitucional. Así como ha sido necesario construir un discurso que fundamente la legitimidad del control judicial de las leyes, también es necesario construir un discurso acerca de la legitimidad de la vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional. Dicho discurso, si bien puede y debe partir de las bases comunes con la función jurisdiccional, así como debe echar mano de los valores que suele resguardar el precedente, debe -centralmente- prestar atención a las particularidades de la plataforma procesal de la cual emanan los precedentes. En este punto me refiero a los procesos de tutela de derechos fundamentales; y de modo específico, al proceso de amparo,

⁴³² Dicho artículo sostiene que los requisitos son los mismos requisitos para ser vocal de la Corte Suprema, contemplados en el artículo 147° de la Constitución. El artículo 147° establece los siguientes requisitos:

1. Ser peruano de nacimiento.
2. Ser ciudadano en ejercicio.
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años.
4. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

⁴³³ Este modelo difiere del modelo de legitimación tradicional de los jueces en el mundo euro-continental, donde suelen seguir una carrera judicial profesionalizada, de ahí que se les denomine jueces-funcionarios. La elección de los magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Parlamento se inscribe en una lógica distinta, en la que resalta el origen político de la legitimidad. La legitimación de los primeros jueces, los ordinarios, ha ido complementándose con lo que Luis López Guerra “mecanismo indirecto de control de legitimidad popular”, el cual se materializa a través de los Consejos de Magistratura. LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra editores, 2001. p. 76. Para la revisión del más completo estudio en materia de carrera judicial y legitimidad constitucional del juez en el contexto peruano, léase: GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los jueces*. Lima: Palestra editores, 2009.

⁴³⁴ Al respecto César Landa ha reconocido que aún esta legitimidad política y democrática debe verse de forma acotada. En sus propias palabras: “Sin embargo, es del caso precisar que el voluntarismo judicial y/o político de los magistrados del Tribunal Constitucional no es la mejor garantía de defensa y desarrollo de la Constitución; por cuanto, ésta es una tarea de todos los poderes del Estado, que no pueden ser sustituidos pese a que el Tribunal goce también de una naturaleza política. Sino que, los jueces pueden y deben definir el contenido constitucional en controversia, en función de la interpretación constitucional, aunque como ocurre a veces el juez y el legislador difieran radicalmente cómo hacer esta interpretación.” En: LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Cuaderno de Trabajo N° 20. Lima: Departamento Académico de Derecho PUCP, 2011. p. 24

que de acuerdo a la información consignada en el Anexo I, es el tipo de proceso constitucional que más precedentes constitucionales ha arrojado.

La discusión sobre la legitimidad de la actividad judicial merece una investigación propia, que excede, nuevamente, los alcances de la presente investigación. El poder de resolver un caso es el poder de aplicar el Derecho sobre los intereses de los ciudadanos de un Estado; por lo tanto, una justificación acerca de los límites y fundamentos de dicha actividad es una exigencia que cae por su propio en el ámbito de la Teoría Legal. En ese sentido y tomando en cuenta su visión acerca del derecho vigente como parte de una institucionalidad que garantiza la imposición de expectativas de comportamiento (estatalmente sancionadas), así como su convicción de que los procedimientos racionales de producción y aplicación del Derecho “prometen” (es la palabra exacta que él usa) la legitimidad de las expectativas de comportamiento⁴³⁵, Jürgen Habermas considera que ambas garantías (la seguridad jurídica y la legitimidad del comportamiento esperado) deben expresarse también en las prácticas judiciales. Según el filósofo alemán:

“No basta con que pretensiones en conflicto se transformen en pretensiones jurídicas y por vía de una demanda en los tribunales se decidan de forma jurídicamente vinculante. Los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de representar decisiones consistentes y de ser racionalmente aceptables.”⁴³⁶

Habermas reconoce que ambas exigencias no son fáciles de conciliar, por lo que estima que deben ser puestas en concordancia con dos criterios más: la seguridad jurídica y la racionalidad de la decisión misma⁴³⁷. El respeto a la primera viene dado cuando las decisiones judiciales se condicen con el marco del orden jurídico vigente. Ese derecho vigente es historia institucional del Derecho, el producto de una serie de interrelaciones entre decisiones legislativas, decisiones judiciales y prácticas sistémicas (costumbres). La decisión judicial debe ser tan consistente con la tradición institucional como con el compromiso que el Estado de

⁴³⁵ Esto se traduce en su célebre frase: “las normas *merecen* obediencia y en todo momento deben poder ser seguidas también “por respeto a la ley”.” En: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Madrid: editorial Trotta, sexta edición, 2010.p. 267.

⁴³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Ibid.*

⁴³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Ibid.*

Derecho le exige a la razón: debe explicarse racionalmente ante los involucrados y en última instancia, ante la comunidad. En este punto Habermas sigue a Dworkin en la similitud que encuentra entre las leyes y las decisiones judiciales: ambas son “creaturas tanto de la historia como de la moral: lo que un individuo está legitimado a tener en la sociedad civil, depende, tanto de la práctica, como de la justicia de sus instituciones políticas.”⁴³⁸

La acentuación en la racionalidad de la respuesta judicial, como elemento integrante de la legitimidad de la función jurisdiccional explica el auge de la argumentación jurídica en la academia, así como en la práctica de instituciones estatales. Por citar un ejemplo, no resulta extraña la proliferación de cursos que se dictan en la Academia de la Magistratura sobre dicho tópico. El deber de motivación de las sentencias judiciales encuentra su justificación en el respeto por el derecho de defensa de quien siendo parte en el proceso, luego puede apelar con mejores elementos. Este es uno de los argumentos centrales que se esgrimen para mejorar los mecanismos de argumentación. El otro, tal vez más ligado a darle sentido a todo el ordeamiento jurídico, está relacionado con la noción de coherencia del sistema jurídico, incluidas las decisiones judiciales.

Con este propósito la argumentación jurídica ha puesto especial interés en las dimensiones de justificación interna y externa de la decisión judicial. La primera comprende la estructura del argumento encaminada a ofrecer la validez de una inferencia a partir de premisas dadas. Por su parte, la justificación externa apunta a convalidar la fuerza sustantiva de cada premisa que se adopta⁴³⁹. Es tomando en cuenta estas dimensiones que la teoría de la argumentación, que hizo suyo el interés por análisis del razonamiento judicial contemporáneo incluyendo a los principios jurídicos (material fundamental en el razonamiento constitucional)⁴⁴⁰, incorporó reglas

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, 1995.p. 154. Citado por: HABERMAS, Jürgen. *Ibid.*p. 268.

⁴³⁹ ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.pp. 265-266.

⁴⁴⁰ La distinción entre reglas (que son mandatos de supuesto y consecuencia cerrada) y principios (que algunos los caracterizan como mandatos de optimización de consecuencia abierta) se encuentra ampliamente difundida en la cultura legal Occidental y resulta ocioso profundizar al respecto. Lo que importa destacar es el condicionamiento que sufre la interpretación constitucional respecto de los principios y su estructura, por ser los enunciados más comunes con los que trabaja esa disciplina. De acuerdo a Zagrebelsky, a los principios no les resulta útil los tradicionales métodos de interpretación jurídica, pues más que aplicar un enfoque lo que se requiere es entender los principios a través de su *ethos*. O como lo diría en otra gran frase: a las reglas se las obedece, a los principios “se presta adhesión”. En: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: editorial Trotta, octava edición, 2008.p. 110. Por supuesto, es conocido el esfuerzo de Zagrebelsky por “acentuar” las diferencias de algunos rasgos del “Estado Constitucional de Derecho” para justificar su propuesta teórica, lo cual lo lleva a sostener ideas como

que aseguran un camino procedimental para hallar decisiones judiciales bien fundamentadas⁴⁴¹.

Por supuesto, la preocupación por una justificación racional de las decisiones judiciales es algo tan importante para nuestra cultura jurídica, que una sentencia incomprensible o irracional llega a convertirse en el ejercicio ilegítimo del poder jurisdiccional. Luego del “descubrimiento” del rol trascendente que cumplen los principios constitucionales, la teoría de la integridad del Derecho⁴⁴² de Ronald Dworkin ha sido reconocida como una de las mejores expresiones que tratan de superar las limitaciones de las soluciones semánticas o silogísticas de los casos concretos, al recurrir a una argumentación sustantiva en su reemplazo. Las condiciones de validez de los juicios (jurídicos) que un juez debe resolver no podrían, de acuerdo a Habermas, decidirse recurriendo, de manera directa, a evidencias empíricas, sino que deberían resolverse discursivamente, a través de una justificación argumentativa⁴⁴³.

Sin duda, el camino metodológico esbozado por autores como Dworkin o Habermas parece el correcto. Al mismo tiempo, parece razonable sostener que cuando una decisión judicial se aparte radicalmente de los principios que dan sentido a la práctica constitucional de una comunidad, la legitimidad del juez en cuestión quede seriamente comprometida. Pero de ahí no se sigue que el camino o la demanda por la respuesta correcta, y todos los cercos metodológicos que coadyuvan en dicha empresa, sirvan para determinar la legitimidad del juez. Estos están más relacionados con la validez del producto jurisprudencial que con la legitimidad, a la que exceden.

En el caso del precedente constitucional, la legitimidad está dada fundamentalmente, por los límites del caso y el proceso en el cual se inscribe. Aún cuando un juez omnipotente halle una respuesta iluminadora que respete todos los principios de la comunidad jurídica específica, su decisión será ilegítima si no da cuenta de los argumentos que esbozaron las partes, ni valora adecuadamente los hechos o si ha inobservado algún principios procesal aplicable a los

aquella según la cual, aunque existan reglas escritas en la Constitución, éstas no son más que leyes forzadas por su forma especial y que solo los principios desempeñan un rol constitucional. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Íbid.*

⁴⁴¹ Al respecto léase: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra editores, 2007.

⁴⁴² Por ahora no es necesario ahondar en esta teoría, la cual explicaré en el último capítulo.

⁴⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Op.cit.*p. 298

distintos procesos constitucionales que tienen la vocación de convertirse, potencialmente, en precedentes constitucionales.

La revisión de la argumentación es fundamental, sin duda, y a ella está ligado el compromiso judicial de atender a los hechos particulares del caso, así como a los argumentos y excepciones presentadas por las partes. El diseño procesal que condiciona la actividad judicial es un “seguro epistémico” del producto de dicha actividad. Respetar las reglas institucionales que ayudan a formar la decisión que transforma la situación jurídica de los ciudadanos es cumplir con las reglas de juego que reducen los márgenes de la arbitrariedad y por consiguiente aseguran la legitimidad de los magistrados⁴⁴⁴.

En el caso del precedente constitucional, respetar estas reglas y valorar con especial cuidado los argumentos de las partes, en el marco cognitivo de los hechos que constituyen los márgenes de lo interpretable, reduce y casi elimina el riesgo de que los magistrados constitucionales se conviertan en legisladores. En buena cuenta, hay que 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.

Con esto no se niega el hecho de que, dada la distinción entre norma y disposición jurídica, los jueces al resolver un caso concreto puedan establecer una regla que antes no había aparecido con esa misma delimitación en el ordenamiento jurídico. Esta creación de derecho es innegable

⁴⁴⁴ Esta postura planteada sigue, hasta cierto punto, las ideas de Habermas acerca de la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán. Habermas sostiene que aún se puede distinguir un plano de discurso de aplicación de normas (incluidos los principios constitucionales) y otro plano de discurso de fundamentación de normas; que debe ser leído como el plano que le corresponde al legislador. Habermas aclara que las razones legitimadoras que deben tomar los magistrados del Tribunal Constitucional de la Constitución, le vienen dadas desde el enfoque de la aplicación del derecho y no son cartas que le den permiso para desarrollar un sistema de derechos que persiga sus propias valoraciones políticas. En palabras del propio Habermas: “El Tribunal desata y vuelve a atar la gavilla de razones con la que el legislador legitima sus resoluciones, con el fin de movilizarlas en favor de una decisión coherente del caso particular, que concuerde con los principios jurídicos vigentes; pero no puede disponer de esas razones de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita.” HABERMAS, Jürgen. *Op.cit.*p. 335. Habermas hace más referencia a la coherencia en la aplicación de una norma, a través del respeto de los principios jurídicos, que por el respeto hacia un procedimiento que asegura el mantenimiento de la función judicial dentro de los límites de la aplicación de las normas. He ahí donde radica la diferencia entre su propuesta y la esbozada en los párrafos de arriba.

y sucede todos los días. Lo que también es innegable, sin embargo, es 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.

El Tribunal Constitucional advirtió en el caso Municipalidad Distrital de Lurín, la importancia en mantener la relación entre los hechos del caso y el precedente vinculante. De hecho sostuvo de manera enfática, refiriéndose a sí mismo en tercera persona, lo siguiente: “(e)l Tribunal Constitucional no 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.⁴⁴⁵” En el caso Ramón Salazar Yarlenque no solo citó lo establecido en el caso en mención, sino que hizo referencia expresa al hecho de que cuidar dicha relación de correspondencia entre el precedente y los hechos del caso era fundamental para asegurar su legitimidad⁴⁴⁶.

Como había mencionado en el apartado anterior, la facultad de inaplicar una norma con rango legal por de parte de los órganos colegiados de la administración pública, establecida en el caso Ramón Salazar Yarlenque, fue dejada sin efectos a través del Exp. 04293-2012-PA/TC, caso Consorcio Requena. Comentar brevemente este caso resulta importante por lo paradójico que resulta la sentencia que deja sin efecto el precedente vinculante contenido en el caso Ramón Salazar Yarlenque⁴⁴⁷.

En el caso Consorcio Requena, el Tribunal Constitucional emprende un análisis que ya había sido realizado por la academia peruana: cotejar si al momento de dictar el precedente que reconocía el control difuso en sede administrativa, el Tribunal Constitucional respetó las causales que en la misma sentencia había establecido como habilitantes para dictar un precedente. De hecho, en el Fundamento 32 de la sentencia el Tribunal Constitucional analiza

⁴⁴⁵ Exp. 0024-2003-AI/TC.

⁴⁴⁶ Exp. 3741-2004-AA/TC, Fundamento 45.

⁴⁴⁷ Contrariamente a lo que algunos suponen, la sentencia del Exp. 04293-2012-PA/TC no deja sin efecto toda la sentencia del caso Ramón Salazar Yarlenque, solo lo hace respecto del otorgamiento de la facultad de inaplicar una norma con rango legal contraria a normas constitucionales. En el caso Ramón Salazar Yarlenque el Tribunal establece como precedente la proscripción de cualquier cobro de tasa por concepto de derecho de impugnación. Los efectos de dicha regla no han sido interrumpidos por el alcance de la sentencia en cuestión.

cada uno de los supuestos habilitantes de la expedición de un precedente constitucional y concluye que la consagración del control difuso no fue la respuesta a una serie de pronunciamientos contradictorios entre los artículos que consagran las competencias del control constitucional, tampoco sirvió para aclarar una interpretación errónea de las normas del bloque de constitucionalidad, ni tampoco sirvió como respuesta a un vacío legislativo o para modificar otro precedente. Y es por esta razón que decide dejar sin efectos la regla jurisprudencial que establecía el control difuso administrativo.

Resulta tristemente paradójico que en el caso Consorcio Requena, el Tribunal Constitucional dejara sin efectos un precedente constitucional anterior en nombre del respeto al principio de coherencia entre la *ratio decidendi* y los hechos del caso, sin que dicha decisión se encuentre justificada, a su vez, en los hechos del caso mismo. Aunque el análisis de la materia controvertida tenga como objeto la actuación de un órgano colegiado administrativo, lo que el propio Tribunal Constitucional reconoce es que el derecho alegado como vulnerado por parte del Consorcio Requena era el debido proceso. Dicha vulneración se sustentaría en la inclusión de un punto controvertido, por parte del Tribunal de Contrataciones del OSCE, que no había sido discutido en las instancias administrativas previas, produciendo una indefensión. La necesidad de eliminar la facultad de ejercer el control difuso no juega ningún rol relevante en la resolución del caso.

3.3.4. Un precedente regla o la consolidación del paternalismo judicial

Esto abre la discusión, no muchas veces abordada en nuestro medio, acerca del tipo de precedente que hemos acuñado. Se trata de un precedente regla, que como tal, convierte en irrelevante la actividad cognitiva judicial de analizar la justificabilidad de las inferencias entre las premisas y las conclusiones lógicas de la sentencia que constituye el precedente, así como de analizar su correspondencia con los hechos del caso. Este modelo de precedente dista mucho del modelo del *common law*, más próximo a lo que Leonor Moral Soriano ha denominado como precedente-argumentativo⁴⁴⁸. Como consecuencia de esto, el estudio de las distintas teorías

⁴⁴⁸ La idea central de esta concepción es la de tratar las sentencias que son precedentes judiciales como criterios de interpretación del Derecho. De acuerdo a la autora, estos criterios están plasmados en la *ratio decidendi*. Bajo este enfoque la pregunta que se formula un juez que entienda a los precedentes como argumentos, es ¿cómo ha sido interpretado judicialmente el Derecho en casos pasados? Para arribar a esta respuesta deberá concentrarse en la justificación de la decisión del caso concreto. La tesis de Moral Soriano al respecto puede sintetizarse en sus

acerca de cómo averiguar la *ratio decidendi* de una sentencia será reducido a un estudio comparativo sin mayor posibilidad de ser testeado (o probado) en la práctica judicial peruana. No hay necesidad de construir un método para averiguar una regla que nos viene impuesta en el razonamiento judicial por autoridad⁴⁴⁹.

Para hacer más ilustrativo el nivel de “restricción-cognitiva” al que se ha llevado al razonamiento judicial, vale la pena usar un ejemplo hipotético. Imagine que estamos en el año 1974 y que usted, amable lector, es seleccionado para dirigir la secuela de la película *El Padrino I*. De modo que es contratado por la Paramount Pictures y le dan la opción de elegir si desea continuar contando con la participación de actores como Al Pacino, Robert Duval, Diane Keaton, John Cazale, entre otros; y además, le otorgan total libertad para decidir a qué actores contratar para completar el elenco de *El Padrino II*. Imagine, asimismo, que en este hipotético y surrealista mundo, la productora le impone una sola restricción relacionada con su trabajo como director de la película: no podrá acceder a ver toda la película completa de *El Padrino I*, solo las escenas que la productora considere lo suficientemente relevantes como para que usted ponga en práctica su actividad creativa.

Por supuesto, un mundo como ese nos parece inverosímil y hasta irracional: simplemente no encontramos alguna idea que justifique la forma de pensar de la hipotética Paramount Pictures. Después de todo, resulta evidente que el riesgo de no ver toda la película incidirá de manera directa en la consistencia narrativa de la secuela. De ignorar, por ejemplo, el hecho de cómo Michael se entera de la muerte de Sonny y el contexto en el que esta se produce, así como las continuas amenazas de muerte a los miembros de su familia por parte de las mafias italianas

propias palabras: “En primer lugar, la relevancia de los precedentes en la actividad judicial radica en su aspecto interpretativo: los jueces hacen referencia a decisiones anteriores porque éstas proporcionan ejemplos de cómo interpretar el Derecho. En segundo lugar, la fuerza vinculante de las decisiones anteriores es irrelevante según la anterior noción de *ratio decidendi*, ya que los precedentes judiciales serán usados en el razonamiento judicial incluso si el sistema jurídico no les ha reconocido ningún valor jurídico.” En: MORAL SORIANO, Leonor. *Op.cit.*p. 130.

⁴⁴⁹ El que una sentencia adquiera la autoridad de precedente no significa, necesariamente, que su uso interpretativo lo sea también. Siguiendo a Perelman Eleanor Moral Soriano aclara que “influnciar el razonamiento” no implica “imponerse en el razonamiento de otros jueces o tribunales”. En el concepto perelmaniano de “argumento de autoridad”, la sentencia que adquiere dicho carácter contiene un elemento argumentativo relevante: “su relevancia depende de su evaluación una vez que el juez ha tomado en cuenta otros argumentos.” MORAL SORIANO, Leonor. *Íbid.*p. 132 Sin embargo, el precedente peruano no ha adquirido esta característica flexible del argumento de autoridad, sino que al ser presentada como regla que se sigue de forma binaria (todo o nada), ha excluido la indagación sobre el contenido del precedente como cadena de argumentos.

de Nueva York, sería imposible entender la transformación que sufre Michael a su regreso de Sicilia, a dicha ciudad. Esta transformación también impacta en el trato que Michael adopta frente a su ex novia y luego esposa, Kay. De manera que si alguna de la escenas vinculadas a estos hechos quedase fuera de la selección de escenas que hace la productora, será virtualmente imposible que usted, lector y director de cine, pueda constuir una secuela verosímil, que respete la línea argumental de la historia que se está contando, así como la identidad de los personajes y su “defecto dramático”.

Probablemente con la misma extrañeza e incomprensión con que observamos este mundo hipotético sería observado nuestro precedente constitucional por parte de jueces o abogados formados en la tradición del *common-law*. Si bien la sentencia no se corta en pedazos y se puede tener acceso a su versión completa, no es menos cierto que se condiciona una forma de razonar totalmente distinta a la que acontece en el *common law*. El juez ordinario no tiene incentivos para cuestionar si las reglas que le son presentadas como el extremo normativo vinculante son, en efectos, las razones que sustentan la decisión del caso. Al ser redactadas como si fueran leyes, estas reglas sufren un proceso de abstracción que las eleva por encima de los hechos particulares del caso. 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.

El mecanismo del razonamiento judicial a través de la figura del precedente debe ser visualizado como la apertura de un nuevo espacio de diálogo entre jueces, de manera que el precedente se constituye como un espacio-comunicativo entre un emisor (Tribunal Constitucional) y un receptor (juez ordinario). Dicho espacio-comunicativo abre un espacio de diálogo particular, en el que la posibilidad de que el receptor pueda emitir, posteriormente, alguna clase de mensaje hacia el emisor inicial es prácticamente nula. No obstante ello, sí es posible hablar de un espacio comunicativo nuevo que se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico. Los jueces y los magistrados del Tribunal Constitucional parecen, por primera vez, obligados a escucharse, a prestarse atención entre ellos. Este nuevo espacio de comunicación, aunque entorpecido por las características antes descritas, es una nueva oportunidad para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia constitucional y de la mano con ello, el respeto por el principio de igualdad ante el Derecho.

Recientemente, Luiz Guilherme Marinoni ha esbozado una explicación anclada en la tradición procesal del *civil law*, que aclararía las diferencias en la concepción del precedente en dicha tradición y en la del *common-law*. La clave estaría en el rol que juega la fundamentación y la parte decisoria o resolutoria de las sentencias. Los jueces del *civil law*, así como los del *common-law*, deben prestar atención a los hechos y a los fundamentos jurídicos que las partes expresan, de manera que en la fundamentación las cuestiones de hecho y de derecho se confronten racionalmente. En el caso del *civil law*, la cosa juzgada suele ir atada exclusivamente a la parte dispositiva de la sentencia y no de los fundamentos. Esto demuestra una concepción más individualista de la función jurisdiccional, pues además, en principio solo las partes son las afectadas por lo resuelto, dejándose abierta la posibilidad de que el contenido del fundamento de una sentencia pueda ser discutido en nuevo proceso. Se presume además, que la fundamentación vincula lo dispositivo y que existe una correspondencia lógica entre ambos. Esta suposición hace que muchas veces se preste atención a la real consistencia entre las razones que fundamentan una decisión y la decisión en sí. En el *common-law*, de acuerdo a Marinoni, el valor de la fundamentación de una sentencia no tiene que ver con la cosa juzgada material, sino con el hecho de que el significado de una decisión judicial resulta fundamental para que los ciudadanos y los jueces puedan orientarse y aplicar, respectivamente, los casos iguales o semejantes⁴⁵⁰.

En nuestro sistema jurídico se ha reconocido el valor intrínseco que tiene la fundamentación de las sentencias judiciales a través del deber de motivación, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Tal es el reconocimiento de dicho valor que el Tribunal Constitucional puede declarar la nulidad de las sentencias en las que no existe una adecuada motivación. El Tribunal ha desarrollado una tipología de los supuestos en los que se incurriría en esta grave falta judicial a lo largo de reiterada jurisprudencia. En el Exp. 00037-2012-PA/TC, en el caso Scotiabank Perú S.A.A., expone los siguientes supuestos:

“a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*

b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra editores, 2013-pp. 254-257

de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].

d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).⁴⁵¹”

Aunque la preocupación por la adecuada consistencia entre las premisas fácticas y jurídicas y las conclusiones de dichas premisas es evidente, no deja de resultar paradójico que la estructura del precedente constitucional elegida en el artículo VII del Código Procesal Constitucional incremente el riesgo de que el razonamiento judicial se vea “enturbiado” por reglas constitucionales que pueden no corresponderse con el objeto de lo demandado, o con

⁴⁵¹ Exp. 00037-2012-PA/TC. Fundamento 34.

los hechos del caso que como se vió anteriormente, delimitan la legitimidad del propio Tribunal Constitucional al momento de dictar precedentes.

Ahora me referiré, brevemente, al papel que juega la *ratio decidendi* en los sistemas legales que pertenecen a la tradición del *common law*. La *ratio decidendi* suele ser traducida como “razón para la decisión” o “razón para decidir”⁴⁵². Sin embargo, Duxbury advierte que de esto no se desprende que la *ratio decidendi* de un caso corresponda, de manera directa, al razonamiento judicial (o la parte que conocemos como “fundamentación en adelante la llamaré de esta forma). Ciertamente, la fundamentación puede estar integrada a la *ratio decidendi*, pero la *ratio decidendi* en sí, es más que la fundamentación⁴⁵³ y lo más probable es que existan muchos casos en los que ambas no coincidan⁴⁵⁴. Intrínsecamente ligado a la *ratio decidendi* se encuentra el concepto de *obiter dicta*, que es entendido como el conjunto de aquellas ideas o razones que no son necesarias para llegar a la decisión del caso concreto, las cuales no han sido vinculadas a los hechos del caso o las que arriban a un punto que ninguna de las partes discutí⁴⁵⁵.

Marinoni analiza la identificación de las características expuestas por Duxbury con el modelo de las sentencias del *civil law* y ensaya una interesante explicación. Él encuentra tres secciones

⁴⁵² Neil Duxbury revela que en el año 1600, William Fullbeck trazó una distinción entre los puntos principales y los *bye-matters* (asuntos triviales) que son encontrados en el *case-law* (FULLBECK, William. *Direction, or Preparative to the Study*. Londres: Clarke, 1829 2da edición, versión original del año 1600). Tres cuartos de siglo después, en el año 1673, Vaughan C.J. sostenía en la corte de las *Common Pleas*, que los *bye-matters* resultaban de poca o ninguna consecuencia. Uno sabe que se encuentra frente a un “asunto trivial”, cuando un punto específico puede ser expulsado sin que la decisión misma sea alterada. Lo que esto demuestra, según Duxbury, es que en el siglo XVII, lo que era central y lo que era tangencial en el razonamiento judicial era algo que ya se estaba elaborando. DUXBURY, Neil. *The nature of English Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 67

⁴⁵³ No debe confundírsela *ratio decidendi* con lo que algunos autores como Gabriel Mora Restrepo han denominado “razones justificativas” de una decisión judicial. Si bien las caracteriza como razones que operan como soporte material o *ratio* de la decisión, o como premisas que determinan “las fuentes de los derechos y obligaciones, cuya elección depende tanto de las circunstancias o datos específicos de cada caso, como del entorno personal del intérprete (*su mundo* del cual participa) y sus propias valoraciones de los elementos que lo conforman.” En: MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.p. 375. Ello porque el propio Gabriel Mora recoge algunas clasificaciones de autores como Alexy o Iturralde, acerca de los tipos de razones o argumentos que pueden exponerse en una sentencia, aclarando que se deberá poner atención a un tipo específico de argumento dependiendo del tipo caso en el que nos encontremos: si es, por citar un ejemplo, un caso difícil o fácil. De ello se sigue que la manera de encontrar esa razón justificativa está impregnada de un enfoque normativo sobre la interpretación de la sentencia, lo cual nos conduce a una suerte de respuesta correcta de la respuesta correcta. La búsqueda de la *ratio decidendi* en el *common law* está inspirada en otras ideas, las cuales desarrollo arriba.

⁴⁵⁴ DUXBURY, Neil. *Íbid*.

⁴⁵⁵ DUXBURY, Neil. *Íbid*.p. 68

en las sentencias, las cuales son: la parte del reporte, la fundamentación y la parte dispositiva o resolutive. En la primera suelen aparecer los hechos y los argumentos jurídicos de las partes, en la fundamentación se interpretan los resultados de las pruebas admitidas y su conexión con los hechos alegados por las partes, así como con los argumentos expuestos; finalmente, la parte dispositiva muestra el resultado final o la decisión sobre el objeto del caso. Marinoni sostiene que al enfocarnos en la parte dispositiva, por ser la que constituye la cosa juzgada, los integrantes de la familia del *civil law* tenemos una mirada más individual del valor de las sentencias. En el caso del *common law*, la atención está puesta en descubrir la *ratio decidendi*, la cual la extraen de la relación que existe entre la parte del reporte, la fundamentación y la parte dispositiva, debido a que se toma en cuenta el valor de la seguridad jurídica no solo para las partes del caso concreto, sino para todos los justiciables.

En el caso de los precedentes del Tribunal Constitucional, si bien el reporte viene a ser la parte de los antecedentes y, si bien, no existe una etapa probatoria, no es menos cierto que se analizan los hechos y argumentos en todos los procesos de tutela de las libertades, de los cuales emanan los precedentes constitucionales. Una primera diferencia esencial es el hecho de que, mientras en el *common law* se ha dejado en claro que no existe una equivalencia entre la parte de la fundamentación y la *ratio decidendi*, en el caso peruano el Tribunal Constitucional ha usado la técnica de indicar qué fundamentos (exactamente), constituyen el extremo normativo vinculante. Otra diferencia sustancial entre el precedente *common law* y el peruano es la interpretación que se ha hecho respecto de cómo optimizar el valor de la seguridad jurídica (o predecibilidad)⁴⁵⁶. La *ratio decidendi* en el caso peruano, paternalista en su enunciación, se presume como algo a lo que el Tribunal Constitucional llega de manera infalible y que es mejor detallada en forma de regla.

Al caracterizar la manera en la que se interpretan los precedentes en el *common law*, Neil Duxbury termina por develar las profundas diferencias que existen entre aquel y el sistema de precedentes constitucionales que se ha estructurado en el Perú. El *case-law* es “analizable” de una manera muy distinta a la que se usa en el análisis del derecho promulgado (como es el caso de la ley). El primer rasgo tiene que ver con la manera en la que los jueces interpretan las sentencias de otros jueces. En este caso, se asume que es poco probable que el juez que

⁴⁵⁶ El Tribunal Constitucional habla del interés que ha tenido el legislador del Código Procesal Constitucional por dotar de predecibilidad a la justicia constitucional al implementar el artículo VII, en el Fundamento 43 del Expediente N° 3741-2004-AA/TC, caso Ramón Salazar Yarlenque.

redactó la sentencia formule de manera precisa el principio con el que resolvió el caso, y aunque esto haya ocurrido, es poco probable que el segundo juez interprete el principio de la misma manera. Incluso cuando un juez articula un principio con esmero y con cuidado, pensando en los futuros jueces que analizar su caso, no está determinando su formulación para que sea aplicado a futuras disputas con hechos materiales idénticos. Lo más probable es que el principio sea remodelado en futuros casos⁴⁵⁷. En las palabras de Duxbury:

“Desde que el caso documentado no es una formulación estricta de un principio, los jueces considerarán solo de manera excepcional su tarea como la de interpretar palabras específicas o frases dentro de un caso, tal como se enfocarían en la redacción específica de una ley. En lugar de eso se enfocarán en determinar si el caso es fácticamente similar o diferente del caso que debe ser decidido. El case-law, podemos decir, tiende a ser analogizado antes que ser interpretado.”⁴⁵⁸

Por si la distinción cultural entre lo que se entiende por interpretación de los precedentes en el *common law* y en el Perú no fuese suficiente, Duxbury nos revela otro dato que resulta más sorprendente que el anterior. Al menos en Inglaterra, no existe ninguna disposición normativa que establezca la obligatoriedad de que los casos se resuelvan bajo la argumentación de razones (deber de motivación de las sentencias), aunque reconoce que es improbable que se puedan apreciar sentencias modernas con ese defecto. Si se diera el caso, la posibilidad de que una de las partes de un proceso ofrezca como elemento argumentativo un caso en el que no exista una fundamentación con razones será menos que improbable, debido a que el juez no podrá trabajar con esa sentencia⁴⁵⁹. Esto demuestra un rasgo fundamental, que es el hecho de que la propia práctica judicial es la que se ha encargado de dejar relegadas a aquellas sentencias que no son bien fundamentadas. Mientras que en el caso peruano, la disposición normativa (artículo VII) consagra la potestad del Tribunal Constitucional de seleccionar la *ratio decidendi*, eliminando la posibilidad de que sea la práctica judicial la que averigüe la correspondencia entre las razones que justifican la decisión final y el caso que tienen que resolver.

⁴⁵⁷ DUXBURY, Neil. *Op.cit.*p. 58

⁴⁵⁸ DUXBURY, Neil. *Íbid.*p. 59

⁴⁵⁹ DUXBURY, Neil. *Íbid.* p.66

En la tradición del *common law* no existe consenso respecto de cuál es el método idóneo para hallar la *ratio decidendi* de un caso específico. Aunque las teorías o métodos más destacados, acerca de cómo identificar la *ratio decidendi* de un caso son varios⁴⁶⁰, me limitaré a exponer – por un problema de extensión- el que es considerado el más famoso y prestigioso de ellos. Goodhart publicó en el año 1930 el artículo denominado *Determining the ratio decidendi of the case*⁴⁶¹, en el cual acuñó como una regla de oro la siguiente idea: “la primera regla para descubrir la *ratio decidendi* de un caso es que no debe ser buscada en las razones en las que el juez basó su decisión.”⁴⁶²

Por más contra-intuitivo que suene esa regla, había una poderosa justificación para establecerla. De hecho, Goodhart llegó a esta conclusión producto de un cambio en sus ideas, ocasionado por un debate académico en años previos. En su artículo, *Three cases on possession*⁴⁶³, Goodhart sostenía que para descubrir la *ratio decidendi* uno debía ceñirse a los fundamentos bajo los cuales un caso había sido decidido. Es frente a esta idea que Joseph F. Francis reacciona y le contesta a Goodhart sosteniendo que uno no puede confiar, sin más, en que aquello que los jueces expresen pueda explicar realmente la decisión a la que han arribado⁴⁶⁴. La *ratio decidendi* pudo no haber estado en la mente del juez o de los jueces que resolvieron el caso y no existe una razón epistémica que nos lleve a pensar, con seguridad, que una corte siempre discuta de forma explícita el punto clave de un caso, sobre todo si reconocemos que ningún juez es lo suficientemente sabio como para comprender más allá de

⁴⁶⁰ Uno de los más destacados es el método (o también como conocido como “la prueba”) desarrollado por Wambaugh. Para este autor, la *ratio decidendi* es una regla general sin la cual el caso debería haber sido decidido de manera diferente. El ejercicio que Wambaugh proponía era identificar la proposición o regla que se considere que puede ser la *ratio decidendi*. A continuación, debe procederse a introducir una palabra que invierta su significado. En ese momento, uno debe preguntarse si la corte hubiese admitido la nueva proposición y si la decisión hubiese sido la misma. Si la respuesta es afirmativa, el caso en cuestión no resulta un precedente para la regla seleccionada, en caso la respuesta fuese negativa, el caso posee la calidad de autoridad para la regla original. En: WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little Brown & Co., 1894. 2da edición. Citado por: DUXBURY, Neil. *Op.cit.* Al respecto Duxbury ha comentado que si hay algo que se puede decir con seguridad sobre la *ratio decidendi* es que es falso compararlo con la proposición de un fallo, que de haber sido alterado, habría alterado la decisión. Para ello nos recuerda que la mayoría de sentencias incluyen más de una razón alternativa que justifica la decisión final.

⁴⁶¹ GOODHART, Arthur. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. Yale Law Journal, 1930.

⁴⁶² GOODHART, Arthur. *Ibid.* pp.9-10

⁴⁶³ GOODHART, Arthur. *Three cases on possession*. The Cambridge Law Journal N° 3, 1928.pp. 195-208

⁴⁶⁴ FRANCIS, Joseph F. *Three cases on possession –Some further observations*, St. Louis Law Review N° 14. 11-24 at 23, 1928.

algunos hechos al momento de componer el infinito número de hechos que un caso simple presenta.

A través de la crítica de Francis puede observarse como, en la tradición del *common law*, ya en las primeras décadas del siglo pasado se tenía conciencia de la ingenuidad que supone adoptar la creencia de que la *ratio decidendi* siempre va a mostrarse de manera expresa y menos, que va a coincidir con lo que los jueces digan que esta es. Casi cien años después, nuestra política jurisdiccional eligió el camino opuesto, convirtiendo en irrelevante toda la discusión acerca de los métodos para averiguar la *ratio decidendi*. Sin embargo, conviene profundizar más en la obra de Goodhart para encontrar otras diferencias que nos ayuden a asimilar los rasgos propios de nuestra compensación acerca del razonamiento judicial.

Producto de esta crítica, la tesis de Goodhart cambia, colocando una especial atención a los hechos del caso. De esta manera, la primera tarea consiste en determinar todos los hechos del caso tal y como fueron observados por el juez y discernir cuáles hechos fueron considerados como hechos materiales y cuáles otros como inmateriales. Sin embargo, tan importante como los hechos considerados materiales, resulta la decisión o el conjunto de decisiones que se adoptaron respecto a ellos⁴⁶⁵.

No es pertinente desarrollar a profundidad en este espacio la teoría de Goodhart, sin embargo queda claro que la preocupación se traslada de las razones expresas afirmadas por la corte que dicta una sentencia al análisis de las mismas y su correspondencia con los hechos materiales. Dicha tarea no es nada simple si se toma en cuenta que el propio Goodhart reconocía que muchas veces, una corte podía no manifestar expresamente qué hechos consideraba materiales, trasladándose esta tarea al juez ante quien se invocaba el precedente. Los argumentos de la corte son de mucha ayuda en esta tarea, pues incluso de manera implícita, harán referencia a algunos hechos que admiten como válidos e importantes para la decisión que se adoptó.

Si se compara con el caso peruano, las diferencias saltan a la vista. Las causas que el Tribunal Constitucional debe resolver en última instancia son comúnmente designadas como apelaciones en las que se discute “de puro derecho”. Ello es cierto si se toma en cuenta que las partes no podrán incorporar nuevos hechos al caso, ni menos actuar las pruebas para que

⁴⁶⁵ GOODHART, Arthur. *Determining*. Op.cit.p.15

aquellos sean valorados de mejor manera. Sin embargo, no es cierto que el análisis que vayan a realizar los magistrados sea “de puro derecho”. Ellos deberán interpretar y valorar los hechos del caso y su conexión con los argumentos presentados con las partes, así como con las normas que consideren aplicables al caso. Al adoptar esta creencia de que solo se discute derecho, si bien no se impide que se valoren los hechos, se crean los motivos suficientes para no valorarlos apropiadamente y menos aún, para justificar la valoración que de ellos se haga⁴⁶⁶. Párrafos arriba sostuve que aún cuando es posible que un juez se dedique a analizar todo el esquema de decisión de una sentencia que constituye precedente constitucional, no contaba con los incentivos necesarios para ello debido a que la *ratio decidendi* venía “desmenuzada”.

En realidad, el problema es más grave que eso si se toma en cuenta el famoso caso del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo –Exp. 006-2006-PC/TC-, resuelto por el Tribunal Constitucional en febrero del año 2007. Se trataba de un proceso competencial en el que el Poder Ejecutivo sostenía que el Poder Judicial estaba afectando sus competencias, razón por la cual pide dos cosas específicas: (i) que se determine si el Poder Judicial se encuentra facultado para inaplicar normas que regulan las actividades de los casinos y tragamonedas, cuya constitucionalidad había sido ratificada por el Tribunal Constitucional (de hecho, las normas que inaplica fueron objeto de un precedente constitucional en el Exp. N° 4227-AA/TC); y, (ii) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales que afectan distintas normas legales y, de manera genérica, de “todos aquellos supuestos que, sin habersido contemplados

⁴⁶⁶ En el caso colombiano, en el que el precedente constitucional posee características más similares a las del *common law* (en tanto la Corte Constitucional no elige qué sentencias son precedente y cuáles no, y tampoco selecciona el extremo normativo del caso), ha sido la propia Corte la que ha ido desarrollando, a lo largo de su jurisprudencia, la técnica para hallar la *ratio decidendi* de sus sentencias. Diego Eduardo López Medina sintetiza el enfoque adoptado por la Corte de la siguiente manera: “Con estas consideraciones, la Corte ha tratado de mostrar que las sentencias (incluso las de inconstitucionalidad) tienen que ser leídas de manera sistemática, y esto de una doble manera: deben, en primer lugar, considerarse los problemas jurídicos que las sentencias efectivamente buscaban resolver para impedir sobreinterpretaciones en donde los operadores jurídicos resuelven casos específicos (no contemplados en la sentencia), mediante referencias mecánicas a párrafos contenidos en la jurisprudencia. De otra parte, la Corte parece insistir en un corolario adicional que podríamos llamar *principio de sistematicidad* en la interpretación jurisprudencial: toda sentencia, incluyendo tanto las de tutela como las de constitucionalidad, no puede ser adecuadamente interpretada si no se interpreta, en su conjunto, la línea jurisprudencial en la que está inscrita. Así como no puede haber interpretaciones de párrafos aislados, tampoco puede haber interpretaciones de sentencias aisladas.” En: LOPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, eda edición, 2008.p. 256 Respecto al *óbitus dicta*, López Medina sostiene que se puede seguir al teoría de Goodhart para concluir que cuando la sentencia posee argumentos que se apoyan en hechos hipotéticos que no han sido verificados por el juez, o que han sido introducidos a manera ilustrativa, o que no guardan conexión con el problema jurídico que se resuelve, entonces estamos ante dicha figura. LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Ibid.*p. 258

en esta relación, originan conflictos de competencia entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR)”⁴⁶⁷.

No viene al caso analizar la calidad de justificación de las razones que apoyan la decisión del fallo, sino de exponer algunas ideas fundamentales que determinaron parte del sentido de la sentencia, en la que se le dio la razón al MINCETUR. De manera general, el Tribunal Constitucional estableció que su jurisprudencia era fuente de Derecho, en el sentido de que era material para resolver futuros casos concretos. Esta primacía de la jurisprudencia se había conseguido, de acuerdo al Tribunal, a través de la figura del precedente constitucional⁴⁶⁸. Esta idea fue profundizada por el Tribunal, estableciendo una “particular” relación con la Constitución. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

“62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional 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.”

Respecto al precedente constitucional, enfatiza que las sentencias que adquieran este carácter se convertirán en “parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales⁴⁶⁹”. De ahí que el Tribunal concluya que cuando una sentencia, aún al pronunciarse sobre el fondo, desconozca la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no podrá ser reconocida como cosa constitucionalmente juzgada⁴⁷⁰.

Como resultado de esto el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de varias sentencias que constituían cosa juzgada, al no haber seguido la regla establecida como extremo normativo en el Expediente N° 4227-2005-AA/TC. Las respuestas en la academia no se hicieron esperar

⁴⁶⁷ La esquematización del petitorio la he tomado de: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional*. En: ¿Guerra de las cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial? Lima: Palestra editores, 2007. pp. 16-17. Ello porque como reconoce el autor, fue abogado del MINCETUR en varios procesos judiciales, siendo que el conocimiento del caso quedaba asegurado.

⁴⁶⁸ Exp. N° 006-2006-PC/TC. Fundamento 60.

⁴⁶⁹ Exp. N° 006-2006-PC/TC. Fundamento 69.

⁴⁷⁰ Exp. N° 006-2006-PC/TC. Fundamento 69.

ante lo que se consideró como un claro abuso de la potestad jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Que el Tribunal Constitucional relativice la fuerza de la cosa juzgada es para el Profesor Juan Monroy Gálvez un sinsentido jurídico. Que sostenga, además, que el carácter vinculante de sus precedentes se encuentra por encima del carácter de cosa juzgada de una sentencia porque aquellos tienen efectos *erga omnes*, es ignorancia pura. Monroy le recuerda al Tribunal Constitucional que la cosa juzgada es una institución de política judicial que otorga a la sentencia un reconocimiento de inmutabilidad que alcanza a todos⁴⁷¹.

Por su parte, Fernando Liendo Tagle⁴⁷² considera que con esta sentencia el Tribunal Constitucional ha colocado a sus precedentes constitucionales en un pedestal, dotándolos de mayor fuerza que una ley ordinaria y dando autorización para dejar sin efectos a sentencias que no los siguieron. Asimismo, añade que el Tribunal Constitucional ha matizado esta radicalidad de su jurisprudencia. En el Exp. N° 05961, en el que constató que varias sentencias del Poder Judicial iban en contra de criterios jurisprudenciales dictados por aquel, sostuvo que dichas sentencias resultaban dañadas en su eficacia, entendiéndose por ello que se les habilitaba una excepción para extender el plazo de prescripción para que se pudiera demandar su nulidad en un proceso amparo. De esta manera, si bien se abandonó la idea de declarar nulas las sentencias que habían quedado firmes, se siguió reconociendo que a través del amparo se puede declarar la nulidad de una sentencia que no sigue un precedente constitucional⁴⁷³.

Ahora queda más claro por qué el desincentivo para hallar las verdaderas razones que justifican un precedente es tan poderoso en el sistema legal peruano: ante la menor desobediencia la sentencia puede ser anulada. Ello se agrava, además, con los episodios de los que la Oficina del Control de la Magistratura dispuso en el año 2006. A través de la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA, se dispuso que todos los órganos jurisdiccionales de la República cumplieran cabalmente los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en los Exp. N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-PA/TC. Además, no debe olvidarse otro episodio simbólico de incalculable impacto en el imaginario

⁴⁷¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op.cit.* pp.22-23

⁴⁷² LIENDO TAGLE, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas*. Lima: Ara editores, 2012.p. 222.

⁴⁷³ LIENDO TAGLE, Fernando. *Íbid.*

judicial, como fue la destitución del ex Presidente de la Corte Superior de Lima, Ángel Romero Díaz, por incumplir tales precedentes⁴⁷⁴.

Si bien la destitución del ex Presidente de la Corte Superior de Lima fue temporal y si bien la OCMA no destituye a magistrados por seguir un precedente constitucional a estas alturas, no es menos cierto que la tan famosa “Guerra de las Cortes”, producida por el caso del MINCETUR ha dejado una huella importante en el imaginario de los jueces del Poder Judicial. A ello debe añadirse el hecho de que sigue siendo posible algunas cosas que en el *common law* parecerían inauditas, como el que una sentencia pueda ser declarada nula a través de un proceso de amparo por no seguir un precedente constitucional o que la *ratio decidendi* siga viniendo predeterminada, de manera paternalista, por el propio órgano que redacta el precedente.

Esto no deja margen para que se aplique el famoso *distinguishing* del *common law*, aún cuando sea evidente que los hechos del caso no son similares a los del caso de donde proviene la regla abstracta que los abarca a través de sus supuestos de hecho también abstractos. A través del *distinguishing* se estima si el caso que ha sido alegado como precedente aplicable al caso en cuestión es, ciertamente, similar al que se debe resolver. Como advierte Marinoni, el *distinguishing* requiere como antecedente lógico, la identificación de la *ratio* del caso. Debe tomarse en consideración que no cualquier distinción entre los hechos del caso será justificación suficiente para inaplicar un precedente constitucional. Se debe demostrar que la distinción pertenece a hechos que en un caso son materiales y en el otro son hechos distintos y por lo tanto insustanciales⁴⁷⁵. Al margen de que exista mayor desarrollo en el uso de la técnica, una cosa queda clara: su análisis tendrá efectos pedagógicos pero no prácticos, debido a la forma en la que nuestra cultura jurídica ha asimilado la idea del precedente judicial en el Perú.

Si se reconoce que la idea del precedente judicial es extraña a nuestra tradición jurídica, no es inexacto afirmar que la introducción de los artículo VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional representó el ejercicio de una práctica conocida como “transplantes legales”⁴⁷⁶. El caso peruano tiene una particularidad en este sentido, pues aunque los autores

⁴⁷⁴ Mencionado por: LIENDO TAGLE, Fernando. *Ibid.*p. 223, en el pie de página “67”.

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.*p. 376

⁴⁷⁶ Aunque suele identificarse a esta práctica no solo con la incorporación de instituciones de una tradición legal en un sistema legal que pertenece a otra tradición, sino con el hecho de que esta es promovida por situaciones

del Código Procesal Constitucional reconocen que la idea del precedente proviene de la tradición del *common law*, el artículo VI –como se ha visto- resulta una copia de un artículo español y el artículo VII fue estructurado a partir de la inspiración en las sùmulas brasileñas, como desarrollaré más adelante.

Más allá de este dato introductorio, lo que nos enseña la experiencia de la emergencia del precedente constitucional es que la cultura jurídica no reacciona frente a una “intrusión” alienígena. No reacciona –para que se comprenda mejor- como un cuerpo único y abstracto, como suele ser tratada la noción de cultura jurídica. Por el contrario, el caso del precedente constitucional nos demuestra que los profesores y académicos reaccionaron de manera distinta a cómo reaccionaron los jueces del Poder Judicial y a cómo reaccionaron los magistrados del Tribunal Constitucional.

Incluso dentro del grupo de los académicos del Derecho, no todos reaccionaron igual. Solo dos voces disidentes se escucharon con fuerza, renegando de la manera en la que se había estructurado el precedente constitucional, siendo el caso que solo una de ellas –la Profesora Eugenia Ariano- fue lo suficientemente radical como para sostener la inconstitucionalidad del artículo VII del Código Procesal Constitucional. No es menos cierto, sin embargo, que en los últimos años los propios académicos se han mostrado más escépticos respecto, no tanto de la estructura del precedente, sino del uso que de esta estructura hace el Tribunal Constitucional. La inicial complicidad entre académicos y el rígido precedente es explicada por el pasado reciente de la justicia constitucional peruana, fuertemente atropellada por el poder político, al punto que intervino los dos tribunales constitucionales con los que contó el país en su historia republicana. El hecho de que el Tribunal Constitucional adquiriese nuevas facultades fue visto como una reivindicación que volvía a equilibrar la balanza a favor de quien es considerado el guardián de la Constitución.

excepcionales, involucrando fuertes inversiones de dinero e intercambio de profesionales legales, no es inapropiado caracterizar de esta manera la introducción del precedente constitucional en el caso peruano, pues el objeto central de la práctica se cumple. De acuerdo a Daniel Berkowitz, dos son las olas más importantes de transplantes legales por las que atravesó la humanidad contemporánea: la primera sucedió luego de la Segunda Guerra Mundial e implicó la actuación central de los Estados Unidos, introduciendo códigos especiales a países de América Latina, África y Asia, mientras que la segunda ola se produjo con la caída del muro de Berlín y tuvo a varios protagonistas, sobre todo a países de Europa Occidental y a Estados Unidos. Para mayor detalle revítese: BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina y Jean-Francois RICHARD. *The transplant effect*. The American Journal of Comparative Law, Vol 51, N° 1. Invierno del 2003. pp. 163-203.

Dentro de los académicos que posteriormente levantaron su voz de preocupación por las arbitrariedades jurisdiccionales cometidas por el Tribunal Constitucional, destaca sin duda la voz del Profesor Gorki Gonzales. En su libro, *Los Jueces*, dedica un exhaustivo análisis a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto al carácter de la ratificación de los magistrados a través de la función que ejerce el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM).

Sin entrar en detalles, pues ello excede el espacio que esta investigación puede brindar, vale la pena destacar que aquello que Gorki Gonzales pone de relieve es fundamental: la discusión jurisdiccional acerca de los límites sancionatorios del CNM, acusado de prepetrar expulsiones injustificadas de jueces, termina por revelar, paradójicamente, la precariedad argumentativa del propio Tribunal Constitucional, quien deviene en esclavo de sus propios formalismos conceptuales al sostener que la no ratificación de jueces es un acto de confianza no equiparable a una sanción y a pesar de ello exige al CNM estándares de motivación razonables⁴⁷⁷. Este grave problema de política jurisdiccional se dio, además, en el contexto de un cambio de precedente, al que el propio Tribunal Constitucional etiqueta de *prospective overruling*. El Profesor Gonzales advierte otra injusticia perpetrada por la visión formalista: en la misma sentencia que el Tribunal Constitucional reconoce el ejercicio repudiable de arbitrariedad contra la permanencia de los jueces en sus cargos públicos, llega a la inaudita conclusión de que la exigencia de motivación y por lo tanto, los nuevos estándares de validez de aquellos actos de ratificación judicial, aplican hacia el futuro⁴⁷⁸.

El Tribunal Constitucional, por otra parte, tuvo problemas serios con los jueces del Poder Judicial al tratar de imponer las reglas que de manera abstracta había redactado en clave de

⁴⁷⁷ Gorki Gonzales da por sentado el hecho de que la discrecionalidad es una facultad inherente a la función judicial y a la función resolutoria administrativa. Ello no lo lleva, sin embargo, a entenderla como justificación de cualquier posible manifestación suya. En sus propias palabras: “(...) el punto de quiebre de la discrecionalidad guarda relación con la ausencia de razones; es decir, con la falta de transparencia –y coherencia- del órgano que emite la decisión. En cualquier caso, esto tendrá mayor gravedad si por el carácter abierto de las disposiciones relativas a la ratificación se requiere algo más que una exposición que vincule los hechos con las normas, pues resulta evidente la dosis valorativa que está en el fondo de la decisión.

Sancionar la invalidez de esta decisión es un resultado que se produce por el valor unificador que adquiere la interpretación constitucional y por el sentido político –de directriz-, al que hace referencia la interpretación de los derechos fundamentales, que remite a los principios generales del sistema internacional de derechos humanos, como mecanismo de razonabilidad; es decir, de autocontrol del derecho al interior del Estado Constitucional contra los excesos del formalismo.” En: GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los jueces*. *Op.cit.* pp. 548-549

⁴⁷⁸ GONZALES MANTILLA, Gorki. *Íbid.* p. 575. En palabras del autor: “La sentencia del caso Álvarez Guillén reconoce el estado de vulneración de los derechos frente a la forma como venía aplicándose la ratificación, pero no expresa las razones por las cuales el estado de vulneración tendría que mantenerse para algunos magistrados.” *Íbid.*

precedente constitucional. Se puede especular mucho acerca de las motivaciones finales que tuvieron los magistrados que apoyaron las sentencias que materializaron esta práctica, pero lo cierto es que el contexto de una lucha de poderes por el control del Derecho mismo es una descripción fiel de lo que pasó a pocos años de que emergiera la figura del precedente constitucional.

En igual sentido cabe leer la reacción de los jueces del Poder Judicial que no “acataron” las sentencias que conformaban precedentes constitucionales. Haría falta una investigación especial para determinar si en algunos casos hubo problemas de comprensión, de insatisfacción respecto de lo decidido o si tal vez hubo ejemplos de *distinguishing*, ejercidos por nuestros jueces. De acuerdo a las investigaciones de Berkowitz, incluso 10 años es un período de tiempo muy corto para poder apreciar el real impacto de una institución “foránea” en un sistema legal. Se requiere que estas instituciones pasen de los libros a la vida real y para eso se requiere una política de implementación que abarca a profesionales jurídicos de distintos niveles⁴⁷⁹. Incluso acciones claras y precisas, como lo requiere cierta visión de la seguridad jurídica y que fue –sin duda- la forma en la actuó el Tribunal Constitucional, resultan estériles si no hay un acompañamiento pedagógico que involucre a los jueces del Poder Judicial, a los Tribunal Constitucional, a los abogados y a los alumnos de Derecho.

3.4. El impacto de una creencia negativa compartida

El presente acápite contiene la conclusión central de la investigación, así como una propuesta de reinterpretación del enfoque del Derecho como integridad, elaborado por el profesor Ronald Dworkin. Contrariamente a lo que algunos sostienen como hipótesis, afirmo que si bien la emergencia del precedente constitucional peruano responde a factores específicos de nuestra cultura jurídica, esta no fue consecuencia de la influencia del formalismo legal, sino de una creencia compartida negativa: la desconfianza en el juez ordinario.

Asimismo, el análisis de este dato debe terminar por convencernos de la necesidad de explicar las prácticas jurídicas en el contexto de un enfoque que, privilegiando la integridad, abandone las limitaciones que supone analizar como unidad de dato a las reglas, los principios o incluso

⁴⁷⁹ BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina y Jean-Francois RICHARD. *Ibid.* p. 165 y siguientes.

a los valores jurídicos tradicionales, y abrace, en cambio, la unidad de las creencias compartidas como punto de partida cognitivo.

3.4.1. Un antecedente engañoso: el precedente del Indecopi

Como mencioné anteriormente, pocos académicos han tocado de manera directa la pregunta acerca de la emergencia del precedente constitucional. Uno de ellos, que además realizó un trabajo crítico de muy alto nivel, fue Roger Rodríguez Santander, quien consideró que el antecedente normativo del precedente constitucional es el precedente obligatorio penal, consagrado en el artículo 301°-A⁴⁸⁰ del Código de Procedimientos Penales.

Dicha conclusión resulta razonable si se toma en consideración los parámetros analíticos que asume el autor. De este modo, hay que tener presente que lo que se propuso rastrear Roger Rodríguez es la similitud entre disposiciones normativas que otorgan a los jueces la facultad de dotar de vinculatoriedad a sus sentencias. Si uno compara el contenido del artículo en cuestión, con el fraseo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, entonces salta a la vista que ambos contienen la siguiente precisión facultativa acerca de la jurisprudencia vinculante: “precisando el extremo de su efecto normativo”. Ese rasgo, el de otorgar el poder de determinar el extremo normativo de un caso, es el que ha impreso una característica particular al precedente constitucional, así como al precedente obligatorio penal; a saber: la facultad que posee el juez peruano o magistrado constitucional peruano, de determinar él mismo, la *ratio decidendi* de un caso concreto.

⁴⁸⁰ Código de Procedimientos Penales. Artículo 301°-A.- Precedente Obligatorio:

1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las parte, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

Sin embargo, si uno opta por rastrear la práctica jurídica institucional se topará con la sorpresa de que el verdadero antecedente del precedente constitucional es otro. Se trata del precedente administrativo del Indecopi –Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, el cual se remonta al año 1996. De hecho, no resulta sencillo dar con este resultado si se decide comparar únicamente las disposiciones normativas de las distintas áreas del Derecho. El caso del precedente administrativo del Indecopi resulta, por lo demás, sumamente interesante debido a que fue la práctica misma y no una disposición jurídica expresa, la que habilitó a dicha institución a seleccionar el extremo normativo que resultaría vinculante de ahí en adelante.

Asimismo, lo que explica que la práctica haya optado por dicho resultado son dos variables. La primera es el discurso de la seguridad jurídica que se construye y afianza durante los primeros años de la década de los 90, mientras que la segunda es propiamente el detonante: la creencia de que el dominio de la fijación del extremo normativo dota de la predictibilidad necesaria a la resolución administrativa. A continuación desarrollaré el contexto en el que se forjó la idea de la importancia de la seguridad jurídica, analizando para ello las políticas económicas adoptadas por el régimen de Alberto Fujimori, dentro de las cuales se encuentra la creación del Indecopi.

El análisis del contexto político en el que se inscriben las reformas económicas de Fujimori ya fue analizado en el primer capítulo. Ahí se dejó constancia del rechazo a los partidos políticos tradicionales que la población peruana demostró en las elecciones que llevaron al poder a Fujimori, así como el escaso margen de aprobación que obtuvo el referéndum por la nueva Constitución Política de 1993. Mucho acerca de la predisposición de los peruanos por no tolerar las continuidades políticas es percibido de manera más clara si echa un vistazo a la situación económica que dejó el primer gobierno de Alan García.

En el año 1990 el PBI per cápita del Perú equivalía al de 1960, con lo cual no es inexacto decir que este había retrocedido casi treinta años. Por si esto no fuera lo suficientemente dramático, la hiperinflación⁴⁸¹ y la hiperrecesión golpearon duramente la calidad de vida de los peruanos, mientras que hacia 1989, el sueldo mínimo real representaba el 23% de lo que había sido en

⁴⁸¹ Se llegó a calcular que la inflación acumulada en los cinco años del gobierno de García ascendió a los dos millones por ciento. Véase al respecto: Perú Económico N° 13, de agosto de 1990. pp. 1-6.

1980, lo que en dólares equivalió a US\$ 35 al mes⁴⁸². Los siguientes cuadros explican con mayor detalle la dura crisis por la que atravesaba el país por aquel entonces:

**Tasas de variación de los principales indicadores económicos
(a precios de 1979)**

| | PBI | Consumo | Inversión | Exportación | Importación | Inflación |
|-------------|-------|---------|-----------|-------------|-------------|-----------|
| 1988 | -8.8 | -8.9 | -9.6 | -8.8 | -10.3 | 1722.3 |
| 1989 | -11.7 | -15.7 | -26.8 | 21.6 | -17.7 | 2775.3 |
| 1990 | -3.8 | -2.6 | 5.0 | -6.2 | 9.6 | 7649.6 |

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú⁴⁸³, Memoria 1995. p.155

**Flujos macroeconómicos
(porcentaje del PBI)**

| | Ahorro interno | Ahorro externo | Inversión | Brecha externa |
|-------------|----------------|----------------|-----------|----------------|
| 1988 | 15.0 | 7.0 | 22.0 | -7.0 |
| 1989 | 17.1 | 0.7 | 17.8 | -0.7 |
| 1990 | 12.3 | 3.4 | 15.7 | -3.4 |

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú⁴⁸⁴, Memoria 1995. p.155

Este desastroso escenario fue el resultado directo de una serie de políticas económicas heterodoxas aplicadas por el gobierno de Alan García, dentro de las cuales destaca la decisión de no cumplir con el pago de la deuda externa. Hacia 1986, el Fondo Monetario Internacional tomó la decisión de declarar al Perú como “ineligible” para nuevos préstamos. Bajo este nuevo panorama, el Perú se encontró expulsado de las habituales fuentes de inyección de capitales, lo cual se agravó con las decisiones del Banco Mundial (1987) y del Banco Interamericano de Desarrollo (1989), de emular lo resuelto por el FMI. En este orden de cosas, no resultaba extraño que, en general, la inversión extranjera brillara por su ausencia, lo cual ayudó a fijar

⁴⁸² McCLINTOCK, Cynthia. *Revolutionary Movements in Latin America: El Salvador's FMLN and Peru's Shining Path*. Washington D.D.: U.S. Institute of Peace Press, 1998. pp. 165-166

⁴⁸³ Tomado de: PARODI TRECE, Carlos. *Perú 1960-2000. Políticas económicas y sociales en entornos cambiantes*.

Lima: Centro de investigación de la Universidad del Pacífico, 2013. p. 259

⁴⁸⁴ Tomado de: PARODI TRECE, Carlos. *Ibid.* p. 260

una de las principales prioridades del nuevo gobierno de Fujimori: recobrar la confianza de los organismos financieros internacionales y de los inversores extranjeros a través de la seguridad jurídica.

El primer objetivo económico que debía atender el gobierno parecía tan claro como difícil de resolver: devolver la estabilidad macroeconómica al país. De esta forma, observando que no había muchas alternativas, Fujimori optó por implementar el programa de estabilización o *shock*, que tanto había negado como medida a implementar durante la campaña electoral. Debido a que el objetivo se centraba en corregir los desequilibrios fundamentales y alterar las expectativas de los agentes económicos; y tomando en cuenta, además, que el desequilibrio estaba asociado con el profundo déficit fiscal, “se procedió a soltar aquellos precios básicos que estaban congelados por debajo de su nivel, lo que en la década anterior era conocido como desembalse”⁴⁸⁵.

Como rescata Parodi, uno de los efectos que mayor impacto tuvo en la población, sobre todo la menos favorecida económicamente, fue el “disparo” que sufrieron los denominados “precios atrasados”. El precio del combustible se elevó en 3040%, el agua potable en 1318%, la electricidad en 5270% y la telefonía en 1295%⁴⁸⁶. Estas drásticas consecuencias trataron de ser mitigadas con una bonificación del 100% en los sueldos públicos, así como a través de la elevación del salario mínimo en 400%. De acuerdo a Carolina Wiese⁴⁸⁷, fueron tres los factores que contribuyeron a la recuperación fiscal del Perú. El primero fue el reconocimiento de la función que desempeña el ajuste fiscal en el éxito del programa de estabilización macroeconómica. El segundo guarda relación con los cambios institucionales que se llevaron a cabo en la administración pública entre 1991 y 1994; con especial énfasis en la reforma del sistema tributario. Por último, el tercer factor lo constituye el incremento de los ingresos tributarios y la consiguiente ampliación de la base para la recuperación económica.

⁴⁸⁵ PARODI TRECE, Carlos *Ibid.* p. 262. Como aclara Parodi, esta medida no garantizaba que la inflación se controlara si no se disciplinaba al Estado, en el sentido de que no generase más déficit fiscal. Esto último se conseguiría con la instalación de un Comité de Caja y mediante la unificación del sistema cambiario y el paso de un sistema cambiario fijo a uno de flotación administrada.

⁴⁸⁶ PARODI TRECE, Carlos. *Ibid.* 264

⁴⁸⁷ WIESE, Carolina. *Reiventando el Estado: estrategia económica y cambio institucional en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, primera edición del 2003, reimpresión del 2010.p. 247.

Cabe destacar que hacia 1990, durante el primer año de gobierno de Alberto Fujimori, aún no se había tomado la decisión de adoptar las políticas del Consenso de Washington, al menos no con el respaldo del Fondo Monetario Internacional o del Banco Mundial. En septiembre de dicho año el primer ministro de economía de Alberto Fujimori, Hurtado Miller, viajó a la Asamblea Anual de las dos entidades económicas internacionales antes mencionadas, en Washington, para anunciar que el Perú reanudaría sus pagos corrientes ante los organismos multilaterales.

El deseo peruano de ajustarse a las demandas de las políticas económicas ortodoxas de dichos organismos debía adquirir, sin embargo, un aspecto más “material”. Debido a ello se postuló la idea de implementar un “mecanismo secuencial para la reinserción: organismos multilaterales, Club de Paris (...) y banca privada internacional⁴⁸⁸”. Además, se incluyó el uso del enfoque de derechos que posibilitaba la reducción de la deuda a cambio de seguir ciertas políticas específicas, así como la creación de un “grupo de apoyo”, liderado por los Estados Unidos y por Japón, el cual se encargaría de prestar dinero al Perú para pagar sus deudas⁴⁸⁹.

El año 1990 cerró con una caída del PBI de -3.8%, el consumo privado se retrajo en -2.3% y las exportaciones en -6.2%. Sin embargo, el freno era algo que se preveía debido a que con ello se esperaba reducir la inflación; lo que en efecto se produjo en el lapso de un año, siendo que, mientras en el año 1990 esta ascendía a 7649.6%, en el año 1991 se redujo drásticamente a 139.2%⁴⁹⁰.

En este contexto de precariedad económica y social, Fujimori tuvo cierto margen de maniobra debido a que no tenía deudas políticas con los tradicionales partidos políticos, de quienes además quería tomar distancia. Dicho margen lo usó para acercarse al gremio empresarial. Si bien al inicio de su gestión tuvo un marcado interés por privilegiar a la inversión extranjera en detrimento de la nacional⁴⁹¹, a la que consideraba muy irrelevante, las cosas empezaron a

⁴⁸⁸ PARODI TRECE, Carlos. *Ibid.* p.267

⁴⁸⁹ PARODI TRECE, Carlos. *Ibid.*

⁴⁹⁰ Memoria de 1995 del Banco Central de Reserva del Perú.

⁴⁹¹ El episodio de la venta de la aerolínea nacional AeroPerú lo grafica muy bien. El proceso de privatización de la aerolínea, que se inició en el año 1991 dio originalmente como ganador a un consorcio nacional. Sin embargo, Fujimori anuló la venta para adjudicar la aerolínea a inversionistas mexicanos. Al respecto léase: MANZETTI, Luigi. *Privatization South American Style*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Dicha venta generó una investigación en el Congreso de la República, liderado por el ex Congresista Javier Diez Canseco Cisneros, cuyo informe se hizo público en el año 2002. La versión en línea del informe puede encontrarse aquí: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/CIDEF/oscuga/InformeAeroperu.pdf>

cambiar con el acercamiento del Presidente a la CONFIEP –Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas.

Como destaca Moisés Arce, Fujimori se acercó más a los empresarios peruanos a medida que las cifras macroeconómicas se iban estabilizando. De hecho, el Presidente atrajo a la élite empresarial al mismo Estado, a través del nombramiento de algunos ministros. El resultado de esta decisión puede haberse acelerado gracias al respaldo que muchos empresarios expresaron con el gobierno luego del auto-golpe de abril de 1992⁴⁹². De manera insitucional, el discurso de Fujimori hacia los empresarios y hacia la sociedad fue presentado como un cambio de paradigma importante: el Estado brindaría predictibilidad a las inversiones, lo que progresivamente fue conciéndose y difundándose como “seguridad jurídica”.

El desarrollo de este discurso lo expondré, sin embargo, más adelante. Por ahora resulta fundamental comprender el contexto político y las fuerzas de poder que hicieron posible su surgimiento. Uno de los puntos más álgidos de compenetración entre el empresariado y el gobierno de Fujimori lo constituyó el nombramiento del empresario Jorge Camet como Ministro de Economía, en el año 1993. Bajo su mandato el programa neoliberal de Fujimori aceptó algunos matices que respondieron más a intereses particulares, impulsados por algunos tecnócratas catalogados como “pseudo-liberales”, quienes se vieron dispuestos a promover ganancias y rentas de algunos empresarios particulares⁴⁹³.

⁴⁹² ARCE, Moisés. *El fujimorismo y la reforma del mercado en la sociedad peruana*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2010.p. 74.

⁴⁹³ Es el caso del salvataje del Banco Latino (de la banca privada) en 1998. Dicho banco formaba parte del conglomerado de empresas del grupo Picasso y hacia el año 1996, había consolidado como estrategia de financiamiento empresarial el excesivo otorgamiento de créditos a las empresas del grupo, así como la compra de activos depreciados del banco. Algo que atentaba contra las disposiciones regulatorias bancarias vigentes de aquel entonces. Incluso, como señala Alfonso W. Quiroz, la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) llegó a advertir, en varias oportunidades, al banco de lo riesgoso de dichas prácticas financieras. El 2 de diciembre de 1998, el Ministerio de Economía y Finanzas remitió al Congreso de la República un proyecto de ley para modificar la Ley de Bancos, el mismo que fue aprobado al día siguiente. A través de dicha modificación se permitió que la SBS invitara a entidades estatales como COFIDE para invertir en instituciones financieras privadas. De hecho la invitación se formalizó a través del Oficio N° 10283-98, a partir de lo cual el Estado pasó a aportar US\$ 5, 400,000 en el capital del Banco Latino, en efectivo, y otros US\$ 54 millones a través de capitalización de acreencias. La extraña operación de salvataje de un entidad privada que fue liquidada por el Estado y adquirida por otra entidad privada recién en el año 2000, a costa de la adquisición de 148 millones de dólares y 86 millones de soles de la peor cartera de inversión del banco, tal vez puede explicarse a través de redes de contacto privadas, como es el caso de la cercanía que mantuvieron Fritz du Bois, miembro del directorio de COFIDE que se encargó de terminar el diseño de la operación de inversión, y los Picasso, quienes participaron activamente en el Instituto Peruano de Economía. Al respecto véase: QUIROZ, Alfonso W. *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos,

Durante el período en el que Camet fue ministro de economía las quejas y reparos del sector empresarial peruano vinculado a la manufactura local se hicieron escuchar. Arce rescata un episodio que ayuda a comprender mejor el rumbo de los cambios en la política económica de los 90. En el año 1996, durante el segundo mandato de Alberto Fujimori, el presidente de la Sociedad Nacional de Industrias, Eduardo Farah, defendió la manufactura local en oposición a las actividades extractivas-exportadoras bajo la consigna de que solo las primeras estaban orientadas a crear empleo⁴⁹⁴. La respuesta que obtuvo de parte de Manuel Sotomayor, presidente de la CONFIEP, fue que “el rol del agente empresarial no era crear trabajos sino riqueza⁴⁹⁵”. El acercamiento y la afinidad de Jorge Camet respecto de los representantes de los principales gremios empresariales vinculados a los factores móviles y a la exportación, tales como Arturo Woodman (1994-1995), de la Sociedad Nacional de Exportadores, Jorge Picasso (1996-1997), de la Asociación de Bancos y Manuel Sotomayor (1998), de la Sociedad Nacional de Pesquería, explican mejor la celeridad del rumbo que finalmente tomaron las políticas públicas de matiz neoliberal que privilegiaron el comercio exterior y las industrias extractivas⁴⁹⁶. Esto ayuda a comprender mejor el perfil conceptual que finalmente terminó adoptando el discurso de la seguridad jurídica: uno ligado casi exclusivamente a la predictibilidad de la aplicación del Derecho respecto de los agentes inversores.

El acercamiento del gobierno de Alberto Fujimori a los líderes de algunos gremios empresariales no solo se tradujo en la incorporación de algunos de sus representantes en el aparato estatal, sino que también llevó a un acercamiento con el Instituto Peruano de Economía, grupo de profesionales “pro-empresa” de la CONFIEP creado en 1994. De acuerdo con Moisés Arce, este acercamiento, propiciado por el mismo Jorge Camet, hacía “difícil distinguir qué conjuntos de propuestas eran planteadas por el IPE y cuáles por el propio gobierno⁴⁹⁷”. La estrecha relación entre el gobierno, los gremios empresariales y el IPE, que llegara al nivel de representar una suerte de engranaje laboral en instituciones clave del Estado, puede observarse mejor a través de los siguientes cuadros.

2013.pp.379-386 y WIENER. Raúl. La venganza de Fritz Du Bois. En: <http://rwiener.blogspot.com/2012/11/la-venganza-de-fritz-du-bois.html>

⁴⁹⁴ ARCE, Moisés. *Ibid.* p. 77

⁴⁹⁵ “La tarde del volteretazo”. En: Revista Caretas, 12 de marzo de 1998. Citado por: ARCE, Moisés. *Ibid.* p. 78

⁴⁹⁶ De acuerdo a Moisés Ace, algunas personas sostienen incluso que Jorge Camet habría escogido a dedo a Woodman, Picasso y Sotomayor para dirigir la CONFIEP. ARCE, Moisés. *Ibid.* p. 78

⁴⁹⁷ ARCE, Moisés. *Ibid.* p. 76. El se basa además, en una entrevista con la directora del IPE, Leoni Roca Voto Bernalis, realizada el 27 de agosto de 1997 en Lima.

Cargos gubernamentales asumidos por empresarios

| | Antecedentes Empresariales | Cargo de Gobierno |
|--------------------|-------------------------------------|-----------------------|
| Jorge Camet | CONFIEP | Ministro de Economía |
| Liliana Canale | Asociación Nacional de Exportadores | Ministra de Industria |
| Alfonso Bustamente | Asociación de Bancos del Perú | Ministro de Industria |
| Arturo Woodman | Sociedad Nacional de Exportadores | Director de FONCODES |
| Ricardo Márquez | Sociedad Nacional de Industrias | Vicepresidente |
| Efraín Goldenberg | Sociedad Nacional de Pesquería | Ministro de Economía |

Fuente: Moisés Arce. El fujimorismo y la reforma del mercado en la sociedad peruana.

Algunos intercambios entre el IPE y el gobierno

| | Cargo previo | Cargo posterior |
|-----------------|-----------------------------|----------------------|
| Roberto Abusada | Fundador del IPE | Asesor Económico |
| Jorge Baca | Director del IPE | Ministro de Economía |
| Leoni Roca | Asesora del Primer Ministro | Directora del IPE |
| Fritz Du Bois | Asesor Económico | Director del IPE |

Fuente: Moisés Arce. El fujimorismo y la reforma del mercado en la sociedad peruana.

Con el propósito de analizar la génesis del discurso sobre la seguridad jurídica, vale la pena regresar al año 1990, cuando Fujimori participa en el IV Congreso Nacional de la Empresa Privada, organizado por la CONFIEP. En dicho evento se dejó vislumbrar el inicio de la construcción de un discurso a favor del libre mercado que luego se materializaría y se agudizaría a través de las reformas económicas que traería el nuevo ministro de Economía, Carlos Boloña. En su discurso, Fujimori mostró la intención de formar un gobierno “pragmático”, que rompiera con la vieja tradición del Estado clientelista y que pasara a adoptar la postura de un árbitro entre los distintos actores de la sociedad. En sus propias palabras:

“En primer lugar, no ha existido un Estado verdaderamente nacional, un Estado capaz de representar a todos los peruanos. El Estado ha sido a veces un instrumento para defender privilegios, a veces para ejercer un nocivo controlismo o para servir de soporte al clientelismo político. En el primer caso, el Estado ha intervenido en el mercado para proteger el status quo y beneficiar a estructuras oligopólicas e ineficientes que siempre han buscado una relación ventajosa a expensas del resto de la nación. Grupos empresariales comprometidos con los gobiernos de turno se imponían sobre el mercado y

la libre competencia, perjudicando a empresarios emergentes que sí respetaban la competitividad.

En el segundo caso, el Estado ha intervenido en el mercado, no para regular éste, sino para mantener fáciles popularidades de gobierno; esta política ha conducido a un desorden generalizado en la estructura económico-social, con las gravísimas consecuencias que todos conocemos.

Y en tercer lugar, el Estado ha servido como refugio de burocracia improductiva.

El primer paso para reconstruir el país es, pues, asignarle al Estado el rol que le corresponde. Y éste no puede ser otro que el de árbitro de los lógicos y naturales intereses contrapuestos existentes en el seno de la sociedad. Pero paralela y consecuentemente el Estado debe ser el gran promotor de desarrollo.⁴⁹⁸

Es importante recordar que el progresivo viraje de Fujimori hacia las políticas públicas neoliberales empezó, en buena cuenta, gracias a la fuerte influencia que recibiera por parte de Hernando de Soto, un economista muy respetado dentro de los círculos norteamericanos de política exterior. De hecho, fue de Soto quien convenció a Fujimori de viajar a Estados Unidos en julio de 1990, para que se reuniera con el director general del Fondo Monetario Internacional, Michael Camdessus, con el presidente del BID, Enrique Iglesias, así como con el presidente del Banco Mundial, Barber Conable. La reunión fue pactada gracias al esfuerzo conjunto de Hernando de Soto con su hermano Álvaro de Soto, un alto funcionario de la Naciones Unidas que trabajaba por entonces, de cerca, con Javier Pérez de Cuéllar, el secretario general de dicha organización internacional⁴⁹⁹.

La relevancia del trabajo de Hernando de Soto en la construcción progresiva del discurso acerca de la seguridad jurídica es innegable. A pesar de que la calidad de sus tesis económicas acerca de la informalidad, la espontaneidad y la generación del desarrollo hayan sido duramente criticadas⁵⁰⁰, ello no puede empañar el éxito que las mismas han tenido en su

⁴⁹⁸ FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. *Discurso de Clausura del IV Congreso Nacional de la Empresa Privada*. En: *La reconstrucción nacional*. Lima: CONFIEP, 1990. pp. 298-299

⁴⁹⁹ McClintock Cynthia y Fabián VALLAS T. *La democracia negociada: las relaciones Perú-Estados Unidos (1980-2000)*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005. p. 164

⁵⁰⁰ La principal crítica contra la obra que aquí me interesa analizar, *El otro Sendero*, está relacionada con el pobre trabajo estadístico llevado a cabo por Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Mario Ghibellini. La objeción central es que la evidencia empírica no respalda su tesis central: que el desarrollo capitalista, sobre todo para los informales, se consigue con la asignación de derechos de propiedad a través de reglas jurídicas sencillas y previsibles. Al

disfusión y puesta en práctica. Hernando de Soto no solo fue asesor de presidentes tan disímiles (en el plano de la política económica) como Alan García y Alberto Fujimori, además del Presidente mexicano Vicente Fox, sino que sus libros más reconocidos, *El Otro Sendero* y *El Misterio de Capital*, han sido libros de cabecera de líderes políticos tan influyentes como Ronald Reagan o Margaret Thatcher.

Sobre el libro que merece atención en esta investigación, lo primero que cabe decir es que el éxito de *El Otro Sendero* es notable. Dicho libro, escrito en co-autoría con Enrique Ghersi y Mario Ghibellini, cuenta con más de 90,000 ejemplares vendidos; lo cual lo convierte en un verdadero *best-seller* en materia económica, un logro del que pocos académicos pueden jactarse. *El Otro Sendero* es conocido por ser el libro pionero en el estudio de la informalidad económica, entendida como uno de los mayores obstáculos para llegar al desarrollo. Dicho libro aborda la pregunta acerca de cómo pasar de un escenario de “capital muerto” (informalidad), hacia un escenario de “capital vivo” (la formalidad). Al hacerse esta pregunta, los autores recorren no solo los caminos de las tácticas y los usos de las principales actividades informales como el transporte, las invasiones de terrenos o el comercio, sino que echan un interesante vistazo al mundo legal, lo cual constituyó un avance muy importante en la construcción del discurso de la seguridad jurídica.

Si bien dentro del análisis que los autores hacen respecto del famoso “costo de la informalidad”, el nivel excesivamente engorroso de la mayoría de los trámites burócraticos que encarecen los costos de transacciones ocupa un lugar central, no menos importante resulta el entorno de incertidumbre legal en el que viven las personas que no gozan de toda la protección legal que el mundo del Derecho puede otorgar institucionalmente. La idea es recogida de manera gráfica por los autores en el capítulo dedicado a “Los costos y la importancia del Derecho”:

“Es difícil pensar en algo que desaliente la inversión tanto como la incertidumbre. Ningún habitante de asentamientos informales invertirá en su vivienda si carece por completo de seguridad legal; ningún ambulante va a mejorar el ambiente en el que

respecto léase: GONZALES DE OLARTE, Efraín. *Los misterios de Hernando de Soto. Comentario al libro: El misterio del capital*. Versión electrónica disponible en: <http://macareo.pucp.edu.pe/~egonzal/soto-e.PDF>

trabaja si es que teme ser desalojado; ni tampoco un microbusero respetará el orden en su ruta si su derecho no está reconocido.⁵⁰¹”

La vinculación entre el Derecho, la seguridad jurídica y la inversión económica, aparece de este modo, con mucha fuerza, allá por el año 1986. Sin embargo, como he mencionado en el primer capítulo, los discursos también son sometidos al campo de lucha del poder, por lo que su recepción puede darse paulatinamente, sin que los efectos del discurso aparezcan inexorablemente reflejados en las prácticas sociales o institucionales. En el caso de la seguridad jurídica, debe observarse que este discurso fue tejiéndose a lo largo de la década de los 90, impulsado de manera decisiva por las políticas económicas que el régimen de Fujimori se encargó de implementar. Incluso serán decisivos los discursos que dirigió a la nación a lo largo de sus dos mandatos, cuya ocasión aprovechó para “concientizar” a la población de la relevancia que cumplía la seguridad jurídica para el desarrollo del país. Dichos discursos serán expuestos más adelante.

Una última reflexión sobre el discurso de la seguridad jurídica de *El otro Sendero*, tiene que ver con la precisión acerca de su contenido. Si se compara el contenido final que la seguridad jurídica llega a adquirir en los discursos vinculados con la jurisprudencia, se notará, sin el mayor esfuerzo, que el acento se traslada de la genérica “previsibilidad” del Derecho, hacia la predictibilidad de las decisiones de jueces o de tribunales administrativos. Lo que hizo posible dicho viraje, que además no es ni remotamente un giro copernicano sino tan solo el énfasis de su aplicación a un escenario institucional concreto, fue la creación del Indecopi. Este momento institucional es sumamente decisivo para la conformación de un nuevo sentido de seguridad jurídica y lo analizaré en detalle luego de repasar el contexto político que emergió como su condición de posibilidad histórica.

El 15 de febrero del año 1991 Carlos Boloña asumió el cargo de ministro de economía, estableciendo tres objetivos generales para su gestión: (i) consolidar la estabilidad macroeconómica, (ii) solucionar el destierro del Perú de la comunidad financiera internacional; y, (iii) diseñar y ejecutar las reformas económicas estructurales para asegurar el crecimiento de la economía. Como destaca Carlos Parodi, el conjunto de objetivos demuestra una clara

⁵⁰¹ De SOTO, Hernando, GHERSI, Enrique y Mario GHIBELLINI. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, octava edición de 1989. p. 229.

inclinación por la configuración de una economía eficiente, competitiva y orientada hacia el exterior, cuyo soporte principal fue uno de carácter ideológico⁵⁰². Así, dichas políticas respondieron a los lineamientos esbozados por el Institute for International Economics en una conferencia llevada a cabo en Washington, los cuales fueron compilados por John Williamson y que actualmente se conocen bajo el nombre del Consenso de Washington⁵⁰³. Las políticas fundamentales de dicho Consenso, conocidas también como reformas de primera generación, han sido sistematizadas por Carlos Parodi y se muestran en el siguiente cuadro:

| Lineamientos económicos del Consenso de Washington | |
|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Disciplina fiscal.- Incluye un superávit fiscal primario (sin contar con el pago de la deuda externa) y un déficit fiscal no mayor del 2% del PBI. |
| 2 | Priorización del gasto público.- Supone redirigir el gasto de rubros “políticamente sensibles”, hacia áreas susceptibles de mejorar la distribución de ingresos. |
| 3 | Reforma tributaria.- El objetivo consiste en conseguir un sistema simple y eficiente. |
| 4 | Liberalización financiera.- Las tasas de interés deben ser determinadas por el mercado. |
| 5 | Tipo de cambio único y competitivo.- El objetivo consiste en incentivar las exportaciones no tradicionales, administrándolo de manera que los exportadores tengan certeza sobre el mantenimiento de la competitividad. |
| 6 | Liberalización comercial.- La idea es orientar la economía hacia un sistema de libre comercio, para lo cual se hace necesario eliminar las restricciones a las importaciones y reemplazarlas por aranceles bajos y uniformes. |
| 7 | Inversión extranjera directa.- La idea central consiste en eliminar las barreras que impiden el ingreso de la inversión extranjera, situándola en igualdad de trato respecto de la nacional. |
| 8 | Privatización.- La consigna es clara: el Estado solo debe producir aquello que el privado no puede hacer. |
| 9 | Desregulación.- Se deben eliminar las restricciones burocráticas al ingreso de nuevas empresas al mercado, de manera que se incentive la competencia. |
| 10 | Defensa de los derechos de propiedad.- El sistema legal, incluido por supuesto el de justicia, debe garantizar la asignación y respeto de los derechos de propiedad, evitando que los agentes del mercado incurran en altos costos. Esta política debe hacerse extensiva al sector informal, con el objeto de incluirlos a la dinámica del sistema económico formal. |

Fuente: elaboración en base la información consignada por PARODI TRECE, Carlos. *Ibid*.pp.269-270

⁵⁰² PARODI TRECE, Carlos. Op.cit. p. 269

⁵⁰³ WILLIAMSON, John. *El cambio en las políticas económicas de América Latina*. México D.F.: Gernika, 1990. Citado por: PARODI TRECE, Carlos. *Ibid*.

Resulta evidente que muchos de los objetivos económicos del Consenso de Washington guardan una relación directa con la idea de la predictibilidad jurídica. Tanto la reforma tributaria, la instauración del tipo de cambio único y competitivo, la liberalización comercial, la defensa de los derechos de propiedad, así como en especial la promoción de la inversión extranjera, son objetivos que dependen de la dación de reglas jurídicas claras, previas y con vocación de estabilidad en el tiempo. La estrategia de la implementación, sin embargo, no resulta necesariamente tan clara como la equivalencia que se vislumbra entre el Derecho, como medio, y la economía como fin. En otras palabras, por más de que se supiera qué se debía hacer, no se establecía el cómo⁵⁰⁴.

Fue el contexto social y político el que abrió la posibilidad de que el gobierno de Fujimori retomara sin muchos problemas –ni costos políticos– los lineamientos de la política económica propuestos por Mario Vargas Llosa durante la campaña electoral; los cuales había rechazado públicamente como estrategia para llegar al poder. A través de un fenómeno que ha sido bautizado como “democracia delegativa”⁵⁰⁵, se confió al gobierno –y no al Parlamento– la reestructuración de importantes parcelas del sector público, con especial énfasis en aquellas relacionadas a materia económica y de seguridad. Algunos han hablado incluso del fenómeno de desplazamiento del Estado hacia el mercado, por la evidente política consistente en la reducción del papel del Estado y la creciente apertura hacia el modelo neoliberal.

Un dato que ayuda a comprender mejor el papel crucial que jugó el Derecho en la implementación de este nuevo modelo tiene que ver con la cantidad de disposiciones jurídicas que fueron promulgadas para llevar a cabo el objetivo de la transformación económica. Si bien los más acérrimos críticos de las posturas progresistas del Derecho suelen insistir en la idea de que las leyes no cambian la realidad, resulta irónico que la transformación de la economía

⁵⁰⁴ GONZALES DE OLARTE, Efraín. *El neoliberalismo a la peruana. Economía política del ajuste estructural, 1990-1997*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1998.p. 28

⁵⁰⁵ El término fue acuñado por Guillermo O'Donnell y hace referencia a la emergencia de un nuevo estilo de gobierno en América Latina, el cual responde a una etapa de transición de regímenes autoritarios o escenarios de escaso nivel de institucionalidad que permiten la delegación del poder casi exclusivamente en la figura del gobernante. La democracia delegativa, menos liberal que la democracia representativa, presenta la figura presidencial casi como la de un padre omnipotente que mercede aplicar las políticas necesarias para “salvar” al país, incluso sin las coordinaciones necesarias con otras instituciones públicas, las cuales son vistas incluso como un estorbo. O'DONNELL, Guillermo. *Democracia Delegativa*. Publicado originalmente como “Delegative Democracy” en: *Journal of Democracy*, Vol. 5, N° 1, enero de 1994. Documento en línea: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/11566.pdf>

peruana haya sido materializada a punta de decretos legislativos. Como explica el propio Carlos Boloña, las reformas económicas durante su periodo (1991-1993) pueden ser divididas en tres olas⁵⁰⁶. La primera ola se dio en abril de 1991, cuando se expidieron sesenta decretos supremos destinados a generar la apertura del mercado laboral y de las privatizaciones. La segunda ola se produce con la delegación de facultades otorgadas en 1991. Desde julio hasta noviembre se dictaron 50 decretos legislativos que son los que finalmente regularon, con rango legal, los temas centrales de fomento del empleo y fomento de la inversión⁵⁰⁷. Por último, la tercera ola corresponde al período de 1992, en la que el propio ministro reconoce no saber cuántas normas se promulgaron (“fácilmente quinientas normas⁵⁰⁸”), cuyo objetivo central estaba vicado con la flexibilización laboral.

De hecho, fue en ese contexto de exorbitante producción normativa que surgió el Indecopi. Boloña recuerda que en diciembre del año 1992, mientras se impulsaban las últimas leyes que debían promulgarse en el contexto de la delegación de facultades al gobierno, Jorge Camet, ministro de industria, le presentó el proyecto de ley que creaba al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual; una propuesta sin precedentes que juntaba en una sola institución la responsabilidad de velar por la competencia, el *antidumping* y los derechos de autor. Aunque desarrollaré el impacto del Indecopi en la configuración del discurso de la seguridad jurídica en breve, vale la pena adelantar la reacción del ex ministro de economía frente al proyecto de Jorge Camet. El poder simbólico de dicha respuesta solo puede expresarse en las propias y exactas palabras que Boloña profirió: “¡Me has creado un Frankenstein!⁵⁰⁹”.

Si bien las principales reformas vinculadas a la gestación de un discurso vinculado a la previsibilidad del Derecho fueron aquellas relacionadas a la apertura comercial y a la atracción de inversión extranjera, no debe perderse de vista el contexto que hizo posible la propia “democracia delegativa”. Si se recuerdan las alarmantes cifras económicas exhibidas al inicio del presente acápite y se le añade el contexto de inseguridad social que se vivía en la época en la que Fujimori sube al poder como consecuencia del terrible conflicto armado interno que vivió

⁵⁰⁶ Entrevista a Carlos Boloña. En: Revista *ius et veritas* N° 15, Año 8, Lima. p. 161

⁵⁰⁷ Dentro de las leyes más importantes destacan las siguientes: Ley de Promoción a la Inversión Extranjera (Decreto Legislativo 662), Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo 757) y la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado (Decreto Legislativo 674).

⁵⁰⁸ Entrevista a Carlos Boloña. *Ibid.*

⁵⁰⁹ Entrevista a Carlos Boloña. *Ibid.* p. 158

el Perú a causa del accionar del grupo terrorista Sendero Luminoso, entonces puede comprenderse el rol que se demandó cumplir al Derecho: un Derecho flexible pero a la vez eficaz, que procurase reglas claras y que eliminara la incertidumbre social. De esta forma, la transformación que para bien o para mal, sufrió el sistema jurídico durante los primeros años del gobierno de Alberto Fujimori, respondió a un nuevo paradigma que fue ajustándose progresivamente de la mano del accionar de las más importantes instituciones que coincidentemente emergieron: el Tribunal Constitucional, la Sunat, el Indecopi, la Defensoría del Pueblo, etc.

En su discurso a la nación del 28 de julio de 1991, Fujimori trató de explicar los pequeños avances macroeconómicos que su gobierno había alcanzado, contextualizando dicha explicación a través de la nueva mentalidad que debía regir los destinos del país. No dudó en señalar con el dedo acusador a la “incontenible degradación económica” de los años 80, como responsable de una desgracia económica que sería resuelta con un principio sencillo pero eficaz: no gastar más de lo que se tiene. Las palabras de Fujimori lo expresan de manera clara:

“El 8 de agosto decidimos hacer lo que hace un Gobierno comprometido con el pueblo y la historia y no con plazos electorales o aplausos, decidimos desnudar la economía del ropaje de la ilusión, del engaño, del truco y vivir la realidad.

(...)

Estamos conscientes que la defensa sin concesiones del interés nacional hará posible una nueva sociedad en la que los agentes económicos, sociales, políticos y culturales se desenvuelvan en democracia, en libre competencia.⁵¹⁰”

Además de referirse de manera reiterada a su programa de estabilización, en el que la disciplina fiscal y la austeridad jugaban un rol fundamental, Fujimori también hizo referencia a la importancia de captar la inversión extranjera, así como a la importancia de reducir el ámbito de actuación del Estado y los pasos burocráticos que entorpecen la actividad económica⁵¹¹. Sin

⁵¹⁰ FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. *Mensaje Presidencial ante el Congreso Nacional del 28 de julio de 1991*. pp. 2-4.

⁵¹¹ Esto lo expresa de manera enfática de la siguiente manera: “En general, hemos contemplado simplificar o eliminar la mayor cantidad de procedimientos burocráticos, para devolver de esta manera al Estado su condición de ente promotor de la actividad económica y fiel cumplidor de la atención de necesidades básicas de la población.” En: FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. *Ibid.* p. 10

embargo, un dato extraño caracteriza al discurso de Fujimori del año 1991. Si bien en este pueden apreciarse todas las ideas fundamentales que serán utilizadas a lo largo de sus dos períodos de gobierno, al menos en lo referente al rol del Estado en la economía, resulta interesante el hecho de que la palabra “seguridad jurídica” fuese utilizada en un contexto distinto del económico. Fujimori la usó para referirse al caso de las personas injustamente encarceladas y a las cuales muchas veces ni siquiera se les había condenado:

“¿Cuánto tiempo más debía resistir ese individuo que tuvo la desgracia de ser acusado por un delito leve que de repente no cometió y que luego de cinco o más años de prisión en una de las atiborradas cárceles de nuestro país, ni siquiera ha sido citado a una audiencia ni enterado de los cargos contra él levantados? Para quienes sostienen la tesis de que *la seguridad jurídica* justifica este tipo de excesos, probablemente ese individuo tendría que esperar muchos años más, quien sabe si diez o veinte. ¿Cómo es posible que por la incapacidad administrativa de jueces y tribunales éste y otros miles de ciudadanos peruanos, supuestamente amparados por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, pueden ponerle candado a sus vidas y ser condenados a penas sin límite?⁵¹²” (Cusivas mías).

Hay dos lecciones fundamentales que nos deja este mensaje presidencial. La primera guarda relación con el sentido de “seguridad jurídica” que escogió Fujimori. Es evidente que dicho sentido no se ajusta al sentido dominante que adquirió a lo largo de la década de los 90, ligado a la previsibilidad de las disposiciones jurídicas del ordenamiento y la relación de esta previsibilidad con la actuación de los agentes económicos. La acepción que usa Fujimori guarda relación, más bien, con el sentido tradicional e imperante que la seguridad jurídica adquirió en sus orígenes filosóficos. Así, es importante recordar que la inquietud por la seguridad jurídica recorre diversas etapas de la filosofía política, hundiéndose sus raíces en la antigüedad, como no podía ser de otra manera⁵¹³. Como bien hace notar Ricardo García

⁵¹² FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. *Ibid.* p. 27

⁵¹³ El cuestionamiento de San Agustín resume muy bien esta idea: “Quitada la justicia, ¿qué otra cosa son los reinos, sino inmensos latrocinios? Los latrocinios, ¿qué son sino unos reinos pequeños? Porque estos son una gavilla de hombres que se rigen por el mandato de su príncipe, unidos por pacto de asociación en la que la presa se divide en la proporción convenida. Este mal, si crece con la agregación de tanta gente perdida, y llega al grado de tener lugares y constituir sedes y ocupar ciudades y someter pueblos, toma el nombre de reino que manifiestamente le otorga no la codicia dejada sino la impunidad añadida. Con tanto donaire como verdad, respondió un pirata apresado a Alejandro Magno. Preguntado este hombre por el mismo rey, si le parecía bien

Manrique, algunos filósofos notaron que frente a la habitual demanda a los reinos, repúblicas o gobiernos en general, de implementar políticas que tendieran hacia la justicia, también se encontraba una demanda, no menos digna ni importante, por ejercer el uso del poder normativo y sancionatorio con mesura⁵¹⁴. Al ejercicio normalizado de dicho poder se le ha conocido usualmente como previsibilidad, certeza o predictibilidad, lo que en buena cuenta hace referencia a la seguridad jurídica. Se trata de la idea según la cual, la actuación del soberano debe estar regulada por reglas establecidas con anterioridad, las cuales brindan a los individuos una clara idea de cómo actuará el poder estatal sobre ellos⁵¹⁵.

Si bien la idea central de la previsibilidad, que se encuentra en el concepto de la seguridad jurídica, parece poder predicarse tanto del sentido clásico como del sentido ligado a la economía que surgió en el Perú en la década de los 90, existen unos matices que los diferencian. El propio Ricardo García Manrique destaca el hecho de que suele confundirse el concepto de seguridad jurídica con el concepto de “certeza del derecho”, que fue acuñado en Italia⁵¹⁶ y que goza de amplio uso también en el *common law*⁵¹⁷. La diferencia sustancial la expresa acertadamente Manuel Atienza, para quien la certeza jurídica hace referencia a “un alto grado de previsibilidad”, propio del derecho moderno, respecto de ámbitos de regulación concreta; mientras que la noción de seguridad jurídica hace referencia a una previsibilidad en la libertad e igualdad, como condiciones generales y fundantes del orden jurídico general⁵¹⁸.

La segunda lección tiene que ver con la transformación del sentido tradicional de la seguridad jurídica, hacia uno más ligado al de la certeza jurídica. El estudio de esta transformación es importante porque será esta segunda acepción la que terminará por justificar la estructura que

tener el mar infestado con sus piraterías, el pirata le contestó con insolente contumacia: “lo mismo que te parece a ti tener infestado el orbe; sólo que yo porque pirateo con un pequeño bajel, me llaman ladrón y a ti, que con una armada imponente pirateas, te aclaman Emperador.” De HIPONA, Agustín. *La Ciudad de Dios*, IV, 4.

⁵¹⁴ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel, 2012.p. 18

⁵¹⁵ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Ibid.*

⁵¹⁶ Acuñada como “*certeza del diritto*”, la idea es desarrollada por García Manrique echando mano de la italiana Letizia Gianformaggio: “certeza del derecho significa previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos o hechos.” En: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Certeza del diritto*. 158. Citado por: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Ibid.*p. 208.

⁵¹⁷ El Oxford Companion to Law lo define en los siguientes términos: “certeza (del derecho) significa la posibilidad de predicción precisa de los resultados e implicaciones legales de un particular curso de acción, de modo que cuánto más cierto es el derecho, más fácil es planificar la conducta y aconsejar sobre la misma.” Citado por: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Ibid.*

⁵¹⁸ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.pp. 181-182.

finalmente adoptó la vinculatoriedad de las resoluciones administrativas del Indecopi. Esto además, terminará por evidenciar la puesta en práctica de la idea foucaultiana del sometimiento de los discursos a los espacios de lucha de poder.

Aunque no viene al caso desarrollar la historia de la construcción del discurso de la seguridad jurídica en la filosofía política, sí resulta de gran utilidad enfatizar el contexto de su gestación y algunas diferencias fundamentales respecto de la acepción de seguridad jurídica que terminó “triunfando” en el Perú de los 90. En ese sentido, parece indiscutible atribuir un rol desencadenante del discurso de la seguridad jurídica al contexto de las guerras religiosas de Europa, que tomaron lugar hacia finales del siglo XVI e inicios del siglo XVII. Y debe enfatizarse el adjetivo de “desencadenante” porque en aquella época los problemas relativos a la propia formación de las naciones develaban una serie crisis políticas que excedía el aspecto religioso⁵¹⁹.

El contexto de incertidumbre social y en muchos casos de caos, se sumó a la demanda por encontrar una nueva organización estatal y jurídica que otorgue cabida a las transformaciones en nivel de producción y distribución de bienes que implicaba la salida del feudalismo. De este modo, existe tanto una demanda por recuperar la tradicional seguridad respecto de la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, como una por encontrar un sistema normativo que brinde seguridad al creciente tráfico mercantil que comenzaba a alcanzar niveles considerables de desarrollo.

De acuerdo a García Manrique, el terrible contexto de caos del siglo XVI, sobre todo en Francia, explica el alcance de la teoría política de Juan Bodino, seriamente comprometida con evitar a toda costa el anarquismo. Dicha obra se coloca en lugar intermedio en el desarrollo de la filosofía del derecho moderno, en tanto que aún cuando reconoce la necesidad de tutelar ciertos bienes como la vida e integridad, no concibe nada más importante que la obediencia del súbdito hacia el soberano como medio indispensable para mantener la paz. En sus propias palabras:

⁵¹⁹ Al respecto léase: KAMEN, Henry. *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna*. Madrid: Alianza editorial, 1987.

“la nota característica de la ciudadanía es la obediencia y reconocimiento del súbdito libre hacia su príncipe soberano, y la tutela, justicia y defensa del príncipe hacia el súbdito⁵²⁰”

Es cierto que Bodino establece algunos límites al poder del soberano, como son la ley divina y la ley natural, aunque estos límites son entendidos mejor como límites de su teoría política, la misma que reconoce que en el ejercicio de su poder, la soberanía no puede ser limitada. Es de esta manera que una acertada síntesis acerca del pensamiento de Bodino es esbozada por Ricardo García Manrique:

“En síntesis, la soberanía consiste en dos atributos principales, a saber, dar leyes a los súbditos sin el consentimiento de estos y no quedar sujeto a sus propias leyes, pero siempre mediando el respeto de ciertos límites materiales. Por esta razón puede rechazarse la consideración de Bodino como positivista *avant la lettre*, aduciendo que las limitaciones citadas afectan al poder legislativo del soberano.⁵²¹”

El desarrollo de una posición básica de la seguridad jurídica, que puede ser reconducida en alguna medida a Juan Bodino, dará lugar a la construcción más acaba acerca de serias limitaciones al gobernante, que puede ser apreciada en la obra de Locke, donde no solo se exige seguridad en cuanto a la protección del derecho a la vida (Hobbes)⁵²², sino que se reivindica la seguridad de la libertad y de la propiedad:

“El poder supremo no puede apoderarse de parte alguna de la propiedad de un hombre, sin el consentimiento de éste; pues como el fin del gobierno es la preservación de la propiedad, y ésta es la razón por la que los hombres entran en sociedad, ello implica necesariamente que al pueblo ha de permitírsele tener propiedades.⁵²³”

⁵²⁰ BODINO, Juan. República, I, 6.

⁵²¹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Op.cit.* p. 51

⁵²² Es cierto que Hobbes también habla de propiedad y su propuesta filosófica sirve para legitimarla. Sin embargo la gran diferencia reside en el hecho de que para Locke, la propiedad viene a ser un derecho natural, mientras que para Hobbes es un derecho que emerge como producto del contrato social. De acuerdo a Macpherson, la hazaña de Locke consiste en construir el argumento de acuerdo al cual, los derechos (incluidos los de propiedad) derivan de los deberes naturales previos de autoconservación y conservación del resto de la humanidad. En: MACPHERSON, C.B. “Introduction” a su edición del Leviathan de Thomas Hobbes en la editorial Penguin de 1969. Citado por: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Op.cit.* p. 94

⁵²³ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Tecnos, 2010. § 138.

Sin necesidad de analizar el desarrollo pormenorizado de las tesis y reivindicaciones que van siendo sumadas a las exigencias formales de la actuación del Estado, es fácil concluir que la idea de la seguridad jurídica fue determinante para la edificación de la noción de Estado de Derecho y del imperio de la ley. Existe una relación progresiva entre la incertidumbre casi total (caos) y la paralela demanda por el goce de ciertos derechos inamovibles que le son exigidos respetar al gobernante. La idea de seguridad, en buena cuenta, exige previsibilidad de la futura actuación de quien detenta el poder jurídico-político en una organización social, pero esta previsibilidad es general, como advertí unos párrafos arriba, y en ello se diferencia de la idea de la “certeza jurídica”, que demanda una predictibilidad más específica y cada vez más especializada, propia de los tiempos en los que vivimos.

Como resulta necesario cerrar ideas operativas acerca del concepto de seguridad jurídica, me parece oportuno hacer referencia a la construcción de la seguridad jurídica de García Manrique. Siguiendo a Radbruch, sostiene que la seguridad jurídica es la seguridad *del* Derecho mismo, en oposición a otras seguridades específicas realizadas *a través* del Derecho. De manera más esquemática, define dos componentes esenciales de la seguridad jurídica, entendida como la certeza respecto de:

“1) el contenido de las normas jurídicas vigentes; y 2) el hecho de que son aplicadas de acuerdo con su contenido.”⁵²⁴

García Manrique reconoce que esta noción de seguridad jurídica es una noción formal debido a dos razones fundamentales. La primera tiene que ver con el hecho de que su realización está relacionada de manera exclusiva con cualidades formales del sistema jurídico; esto es, con las normas que regulan los procedimientos de creación y aplicación de las normas jurídicas en su interior. La segunda razón por la cual su noción de seguridad jurídica es una de corte formal es porque esta no busca asegurar la consecución de ninguna clase de bienes o servicios específicos⁵²⁵.

⁵²⁴ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Op.cit.* 195

⁵²⁵ GARCÍA MANRIQUE, *Ibid.* p. 197 El autor reconoce que esta definición implica una toma de decisión y que existen otros autores como Massimo Corsale que sostienen la idea de que la seguridad jurídica, en sentido fuerte, solo se logra cuando se logra coincidir la ideología que propugna el ordenamiento jurídica con la ideología dominante socialmente. CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi de legittimita*. Milan: Giuffre, 2da edición, 1979.

El centro gravitacional de la noción de la seguridad jurídica lo constituye la previsibilidad del Derecho, entendido como sistema institucionalizado, frente a las acciones del individuo. El grado y el contenido del ejercicio de dicha previsibilidad se materializan de manera heterogénea y dependiendo de los avances o conquistas que en materia de derechos consiga una determinada sociedad. En cuanto a su ejecución, no es novedad citar el hecho de que el propio Kelsen relacionaba la seguridad jurídica a la previsibilidad “hasta cierto grado” de las decisiones de los tribunales al aplicar las normas jurídicas.

Lo que el caso peruano revela sobre la construcción de *su* noción de seguridad jurídica, no es solo que esta termina asimilándose a la noción de “certeza jurídica”, sino que el contexto social mismo resulta determinante para entender la transformación de un discurso que inicialmente se asemeja al discurso de Bodino (no es su justificación del absolutismo, pero en su alusión al “caos”), para terminar adoptando la reivindicación de una “certeza paternalista” en el terreno jurisprudencial. Son los discursos a la nación dirigidos por el propio Alberto Fujimori, los que nos revelarán este paso del discurso que une la incertidumbre social a la económica, a uno que va cocentrándose en la previsibilidad de las reglas de juego a los inversionistas.

La manera en la que progresivamente el discurso de Alberto Fujimori fue modificando la acepción del concepto de “seguridad jurídica” es un fenómeno que puede rastrearse tanto en sus propios discursos dirigidos a la nación, como en el diseño y ejecución de sus políticas económicas, de las cuales Indecopi ocupará un lugar central en esta investigación. Empezaré, sin embargo, por exhibir un recuento cronológico acerca del desarrollo del discurso presidencial vinculado a la seguridad jurídica como herramienta de consolidación de un ambiente de previsibilidad y certeza para los agentes económicos. Dicho desarrollo se encuentra resumido en el siguiente cuadro:

| Mensajes a la Nación de Alberto Fujimori relacionados a la seguridad jurídica | | | | |
|-------------------------------------------------------------------------------|-------------------|-----------------------------------|---------|---------------------|
| Fecha del Discurso | Contexto Político | Contexto Económico ⁵²⁶ | Mensaje | Contexto Discursivo |
| | | | | |

⁵²⁶ Fuente: Trabajo de sistematización elaborado por: MURAKAMI, Yusuke. *Perú en la era del chino. La política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2007. En base al Banco Central de Reserva del Perú. Memoria 1990-2000. Lima: BCR, 1991-2001; INEI. Perú: compendio estadístico 2001. Lima: INEI, 2001.

| | | | | |
|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>5 de abril de 1992</p> | <ul style="list-style-type: none"> • El 5 de abril el Presidente produce el auto-golpe de Estado, tomando la decisión de disolver el Congreso de la República. • La decisión se vio influenciada por las presiones institucionales ejercidas por la oposición contra el propio Presidente, como el intento de limitar las facultades presidenciales a través de la “Ley de Control”, así como por la derogación y modificación de varios decretos en materia de pacificación nacional, realizada por el Senado de la República. • El contexto de rechazo al golpe de Estado fue muy fuerte en la comunidad internacional. La OEA envió dos misiones para entrevistarse con Fujimori e incluso llegó a programar el anuncio de la sanción económica a la que sometería al Perú, cuando Fujimori cambió de parecer y ofreció la alternativa del Referéndum. | <ul style="list-style-type: none"> • PBI Per Cápita: US\$ 948. • Inflación Anual: 56.7% • Ingreso por Privatización: US\$ 207.53 millones. • Número de empresas privatizadas : 9. • Niveles de Empleo: Desempleo: 9.4% Subempleo: 75.9% Empleo adecuado: 14.7% | <p>“En consecuencia, la continuidad gubernamental se dará transitoriamente a través de un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, cuyos principales objetivos son los siguientes: (...) g. Promover la economía de mercado dentro de un marco jurídico que dé seguridad y fomente la eficiencia y competitividad de los agentes económicos” (pp. 4-5)</p> | <p>El mensaje a la nación del 5 abril tuvo como propósito anunciar la disolución del Congreso de la República y explicar las políticas de emergencia que serían aplicadas al país en materia constitucional, de sistema de justicia, de seguridad nacional y económica. Es en ese último contexto en el que sale a la luz la idea de generar un marco jurídico estable dirigido a facilitar la dinámica económica.</p> |
|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | | | | |
|----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>28 de julio de 1993</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Luego del golpe de Estado, la prioridad del gobierno, empujado por la presión que ejercían algunos organismos internacionales como la OEA, era regresar a la democracia. Por esta razón se culminó la instalación del Congreso Constituyente Democrático. • El fujimorismo experimentó un rotundo fracaso en las elecciones distritales y provinciales, debiendo retirar a su candidato para la Municipalidad Provincial de Lima. • En octubre de ese año se aprobó el Referéndum Constitucional, adoptándose la nueva Constitución de 1993, por un escaso margen: Sí (52.3%) y No (47.7%). | <ul style="list-style-type: none"> • PBI Per Cápita: US\$ 992. • Inflación Anual: 39.5% • Ingreso por Privatización: US\$ 316.7 millones. • Número de empresas privatizadas : 13. • Niveles de Empleo: Desempleo: 9.9% Subempleo: 77.4% Empleo adecuado: 12.7% | <p>“El aislamiento que quisimos vencer con la reinserción del Perú en el seno de la comunidad financiera internacional se perpetuaba porque ningún capital ni inversionista extranjeros se atrevía a venir a un país donde no había la mínima seguridad para sus inversiones y aún su vida” (p.1)</p> | <p>A un año del autogolpe, Fujimori trata de enviar un mensaje de unión, colocando a la participación ciudadana como base fundamental de las reformas emprendidas. Los dos principales problemas que se presentan como obstáculos al desarrollo son el terrorismo y la desconfianza económica. En otras palabras, se exterioriza la idea de una época de incertidumbre que aguarda la llegada de un marco jurídico que haga retornar la confianza y seguridad en la sociedad.</p> |
| <p>28 de julio de 1994</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Salen a la luz los primeros escándalos por el modo en el que se lleva el proceso judicial a los responsables de la | <ul style="list-style-type: none"> • PBI Per Cápita: US\$ 1, 102. • Inflación Anual: | <p>“Con los avances logrados en el campo económico, en el de la seguridad y en el</p> | <p>Fujimori inicia su discurso recordando que los peruanos se encuentran ante el</p> |

| | | | | |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>matanza de La Cantuta. La aprobación del Presidente cae del 68% al 60%.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los efectos positivos de la política de estabilización comienzan a lograr resultados duraderos: la inflación se mantiene entre el 10% y 20% entre 1994 y 1995. • Se iniciaron políticas de alivio a la pobreza de corto plazo, con miras a la reelección presidencial de 1995. Asimismo, a través del D.L. 776 se recorta en un 80.7% los subsidios a la Municipalidad de Lima, con el objeto de dañar la posible candidatura del entonces Alcalde, Ricardo Belmont, a la presidencia. | <p>15.4%</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ingreso por Privatización: US\$ 2,617.57 millones. • Número de empresas privatizadas : 30. • Niveles de Empleo: Desempleo: 8.8% Subempleo: 74.3% Empleo adecuado: 16.9% | <p>de la atracción de inversiones estamos en condiciones de ejecutar con éxito estos programas de corto y mediano plazo de lucha contra la pobreza” (p. 8)</p> <p>“Creo que el tiempo me ha dado la razón (se refiere a esperar el momento adecuado para privatizar las empresas estatales). He esperado el clima de seguridad, las condiciones propicias para la inversión, para proceder a la venta de las principales empresas públicas, casi todas ellas deficitarias.” (p.8)</p> | <p>cuarto año de la reconstrucción nacional y que ha habido importantes avances en temas sociales como el de la educación y de la salud. Al referirse a los avances en materia económica, no duda en resaltar los importantes avances relacionados al crecimiento del PBI, así como en explayarse sobre los planes para atraer la inversión extranjera. Es en este último contexto que relaciona la incertidumbre e inseguridad social, producto del terrorismo, con la inseguridad que afrontaban los inversores privados, sobre todo extranjeros.</p> |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | | | | |
|----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>28 de julio de 1997</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Los indicios acerca del nivel de corrupción vinculada al gobierno de Fujimori se hacen cada vez más fuertes: hacia fines de 1996 el narcotraficante Demetrio Chávez reveló en el proceso penal que se le seguía, que había pagado US\$ 50,000 mensuales entre 1991 y 1992 al Asesor Presidencial, Vladimiro Montesinos. • El gobierno, en su afán por tentar la segunda reelección, expide con ayuda del Congreso la Ley N° 26657, denominada Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112° de la Constitución, la cual habilitaba al Presidente a postular por tercera vez a la presidencia, contraviniendo el texto constitucional. • El Tribunal Constitucional determinó la imposibilidad de una nueva postulación de Fujimori y en mayo de 1997 el Congreso de la República aprobó la | <ul style="list-style-type: none"> • PBI Per Cápita: US\$ 1, 229. • Inflación Anual: 6.5% • Ingreso por Privatización: US\$ 447.15 millones. • Número de empresas privatizadas : 30. • Niveles de Empleo: Desempleo: 7.7% Subempleo: 41.8% Empleo adecuado: 50.5% | <p>“Este es el panorama de nuestra economía y de los avances en materia social también el gobierno ha empezado a reformular sus políticas de seguridad ciudadana porque millones de peruanos tiene el derecho a vivir, permanentemente, en paz y tranquilidad. Desde luego que esta seguridad se refuerza, asimismo, con vistas a incrementar el nivel de confianza de inversionistas y turistas.” (p.7)</p> <p>“En términos económicos estimamos que hemos seguido el camino correcto. Porque si hubiéramos actuado de distinta manera, no</p> | <p>Fujimori comienza su discurso tocando el tema más evidente: la coyuntura política que habría horizontes de inestabilidad por los primeros fuertes cuestionamientos a su gobierno, así como las demandas sociales por mayor empleo y mejores remuneraciones. En el manejo de este último tema se deja ver la aprehensión de una nueva razón económica que se aplicará integralmente a todos los problemas sociales: “El verdadero empleo no se crea, tampoco se regala. No se crea empleo por decreto ni con la maquinita.” (p. 1)</p> <p>El rol del Derecho</p> |
|----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | | | | |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | destitución de los magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delio Revoredo Marsano. | | podríamos estar hoy conectados con el mundo, ser un país al que arriban, todos los días, inversiones, tecnología, turistas, con confianza y seguridad.” (p.8) | es brindar seguridad y reglas claras para que sean los inversionistas (extranjeros) los que procuren el desarrollo. |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Fuente: elaboración propia.

La configuración del discurso de la seguridad jurídica puede observarse en el desarrollo de los discursos presidenciales que Fujimori preparó y ofreció a lo largo de sus dos mandatos. Desde los inicios de su primer gobierno, el contexto social y económico resulta fundamental para comprender la estrategia que utilizó. Si bien la incertidumbre y la inseguridad eran un estado de cosas evidente en la realidad social, fue decisión del gobierno el usar ese estado de cosas y convertirlo en un discurso reivindicador de una nueva tarea asignada al Derecho: brindar certeza y predictibilidad a los agentes económicos. De hecho la potencia de ese discurso excedió el ámbito de gobierno fujimorista y puede apreciarse incluso en algunos discursos del sucesor de Fujimori, el ex Presidente Valentín Paniagua⁵²⁷.

El discurso de la seguridad jurídica, sin embargo, no desciende desde las nubes de los discursos presidenciales; al menos así no es como logra asentarse en las prácticas institucionales. La nueva demanda que se le exigía al Derecho fue atendida por parte de quienes habían puesto el discurso “en agenda”. Un ejemplo interesante de la puesta en práctica del discurso de la seguridad jurídica para las inversiones puede ser visto en el Decreto

⁵²⁷ En su discurso de noviembre del año 2002, Valentín Paniagua mencionó lo siguiente: “Es muy breve, como he señalado y todos sabemos, el lapso que corresponde a este Gobierno Transitorio. Por eso mismo, requiere la cooperación de todas las instituciones y sectores. Persuadido del sometimiento de las Fuerzas Armadas y Policiales al orden constitucional, la paz interna y exterior están garantizadas. Están igualmente garantizados los compromisos y obligaciones internacionales que ligan al Perú, del mismo modo está garantizada la seguridad jurídica interna por obra de la independencia con que deben actuar el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y las demás instituciones, a los que corresponde su defensa y que el Poder Ejecutivo garantiza, y a los cuales ayudará para que cumplan con eficiencia su alta e inexcusable responsabilidad constitucional.”. Este discurso se pronunció en los años de transición democrática, luego de la caída del régimen fujimorista, lo cual explica que la acepción de “seguridad jurídica” que emplea Valentín Paniagua se acerque a la noción de Bodino.

Legislativo 662°, Ley de Promoción a la inversión extranjera. Esta disposición normativa garantizaba al inversor extranjero una igualdad de trato respecto del inversor nacional, también la libre remesa de sus utilidades, así como la posibilidad de celebrar convenios de estabilidad tributaria por el plazo de diez años⁵²⁸. Por su parte, la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757, estableció algo que ahora nos resulta una ley natural: que los precios se rigen por la ley de la oferta y de la demanda, además, eliminó la reserva a favor del Estado para actividades económicas extractivas y prohibió la expropiación. De esta manera, puede observarse cómo aquello que era tejido a través de la palabra en los discursos presidenciales, era reforzado y aplicado a través de la palabra vinculante del Derecho.

Estas transformaciones legales pudieron descansar sobre la base de una plataforma con vocación de permanencia gracias a la aprobación de la nueva Constitución de 1993, la cual representó un cambio significativo en el modelo económico-constitucional, comparado con la Constitución de 1979. De acuerdo a Italo Muñoz y María del Carmen Vega, los principales cambios en materia económica fueron los siguientes: (i) la consagración del principio de libre iniciativa privada, (ii) el rol promotor del Estado en materias de salud, empleo, educación, seguridad o servicios públicos, (iii) el rol subsidiario del estado (el cual fue analizado en el primer capítulo), (iv) la incorporación del principio de libre competencia en el mercado, (v) la inviolabilidad del derecho de propiedad, (vi) la posibilidad de establecer mayor seguridad en las actividades económicas a través de la celebración de contratos-ley, entre otros⁵²⁹.

Las políticas económicas del gobierno de Fujimori que se orientaron, en un primer momento, hacia la recuperación del caos macroeconómico que había heredado de Alan García, tuvieron como horizonte temprano la reconfiguración y el ajuste de algunos organismos estatales fundamentales, como el Banco Central de Reserva del Perú y el Ministerio de Economía y Finanzas. Sin embargo, con el tiempo fue inevitable reproducir la misma estrategia de recomposición y hasta creación de nuevas instituciones que dieran viabilidad y sostenibilidad a las reformas económicas de largo plazo que estaban siendo implantadas en el Perú. De acuerdo con Carol Wise, el objetivo de este primer objetivo económico era sostener el flujo de

⁵²⁸ Artículo 16 del Decreto Legislativo N° 662°.

⁵²⁹ MUÑOZ, Italo y María del Carmen VEGA. El fomento de la inversión privada. En: La reforma incompleta. Rescatando los noventa. Tomo I. ABUSADA, Roberto, Du BOIS, Fritz, MORÓN, Eduardo y José VALDERRAMA editores. Lima: Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos, 2000. pp. 345-346

ingresos del Estado, de manera que se pudiera brindar la prestación de servicios públicos esenciales, manteniendo reducidos los niveles de respaldada por el Estado⁵³⁰.

El segundo objetivo, de acuerdo a la profesora de la Universidad de Southern California, consistió en el diseño de instituciones capaces de garantizar los derechos de propiedad, así como la competencia en el mercado. A esta política la llama “política de racionalización del Estado peruano”⁵³¹. Dicho proceso comenzó con la reducción del sector público⁵³² y continuó con la reestructuración de algunas instituciones. En otro ámbito y como era evidente, se esperaba de parte del Estado una capacidad de respuesta frente a la fuerte demanda social por servicios públicos esenciales de calidad. Debido a ello, la racionalización del aparato estatal también consistió en la privatización de las empresas estatales⁵³³. Dentro de los cambios en la reorganización de los ministerios, Wiese considera dignos de destacar los casos del Ministerio de Energía y Minas, del Ministerio de la Presidencia y del Ministerio de Economía y Finanzas.

Sin embargo, la racionalización no podría haber estado completa sin la creación de agencias autónomas que promuevan la sostenibilidad del modelo de economía que se estaba implementando. Dentro de las más relevantes puede citarse a las siguientes⁵³⁴: (i) en el rubro de la regulación financiera, la Superintendencia de Banca y Seguros, fortalecida desde el inicio del gobierno de Fujimori, así como la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, creada en 1992 para incentivar las inversiones de los peruanos en el sistema privado de pensiones, (ii) en el rubro de la administración tributaria, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, la cual fue prácticamente transformada en 1991, así como la Superintendencia Nacional de Aduanas, la cual también fue reorganizada en el mismo año; y, (iii) en el rubro de “otras instituciones reguladoras”, Wise destaca los casos de la Oficina Supervisora de la Inversión Privada de las Telecomunicaciones (OSIPTEL), creada en 1994 para regular las estructuras monopolísticas del sector, y finalmente, el caso del Indecopi, que analizaré a continuación.

⁵³⁰ WISE, Carol. *Op.cit.* p. 234

⁵³¹ WISE, Carol. *Ibid.* p.254

⁵³² Para tener una mejor idea del recorte vale la pena citar la reducción del gasto público, ubicado en 1975 en US\$ 1.059 per cápita, versus US\$ 178 en 1990. Además, entre 1987 y 1990 la planilla de sueldos del sector público se contrajo en 75%. Fuente: WIESE, Carol. *Ibid.* p. 254-255

⁵³³ De acuerdo a Manzetti, hacia 1998 se había vendido casi la mitad de los activos del Estado. MANZETTI, Luigui. *Op.cit.* pp. 262-264

⁵³⁴ Para una descripción más sistemática y profunda véase: WISE, Carol. *Ibid.* pp. 258-259

Retomando esa imagen hipotética en la que se aprecia a Jorge Camet, entonces ministro de industria, entrando al despacho de Carlos Boloña, entonces ministro de economía, para presentarle su proyecto de ley para la creación del Indecopi, aún existen algunos detalles por añadir para comprender mejor el contexto de emergencia del Indecopi. Lo primero que hay que aclarar es que a la par de la propuesta de Camet, hubo al menos cuatro intentos por organizar la estructuración de un ente que trabaje en la regulación del mercado. Una de las instituciones comprometidas con esta idea fue la propia CONFIEP, dirigida en ese momento por Ludwig Meier; otra institución igualmente preocupada por el tema fue la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE), liderada por el abogado Jorge Muñoz Ziches; en el mismo sentido, se encontraba la propuesta de Jorge Camet, ya reseñada; mientras que la cuarta propuesta provino del propio Ministerio de Economía y Finanzas, dirigido por Carlos Boloña pero secundado por Fritz Du Bois y Augusto Álvarez Rodrich, sus asesores⁵³⁵.

Jorge Camet estaba bien enterado de los únicos y primeros intentos que hubo en el Perú por teorizar acerca de la posibilidad de unir en el Derecho de la Competencia, las diversas áreas de lo que entonces, en los años 80, se conocía como Derecho Industrial. Es por ello que a inicios de 1992 invitó a una reunión al responsable de la mayor contribución académica del Derecho Industrial, el profesor Baldo Kresalja, para conversar del proyecto de creación de Indecopi. La confianza como experto que Kresalja producía en Camet fue determinante para que este le propusiera liderar la nueva institución, lo que finalmente descartó Kresalja⁵³⁶. Ante esta negativa y luego de que designara a Jorge Muñoz como presidente del CONITE, ambos fueron trabajando en la elaboración de una propuesta que integrara las ideas finales de ese nuevo organismo regulador.

Jorge Muñoz tuvo la iniciativa de consultar con dos peruanos que trabajan por ese entonces en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Octavio Espinoza y Luis Diez Canseco, para dotar de mayor rigurosidad técnica la propuesta del proyecto de Indecopi –el cual hasta ese momento no recibía dicho nombre, dicho sea de paso. De hecho, este último regresó a Lima y fue decisivo en la configuración de la propuesta orgánica del Indecopi. Al respecto, ya en las conversaciones que sostuvo Jorge Muñoz con Luis Diez Canseco, se había previsto que la nueva entidad se estructuraría sobre dos bases fundamentales: la competencia en el contexto

⁵³⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *El Indecopi a sus veinte años. La historia de una innovación*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2013. p. 52

⁵³⁶ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Ibid.* p.53 En base a conversaciones que el autor sostuvo con Baldo Kresalja.

del libre mercado y la propiedad intelectual. Por supuesto, los detalles puntuales del diseño final de la institución exceden los intereses de la presente investigación, pero resulta importante tomar en cuenta que los mismos se vieron “apurados” por la presión que ejercía el Banco Mundial a través de su representante, Geoffrey Shepard⁵³⁷.

Durante los últimos meses del año 1992 el trabajo fue intenso. Las reuniones se llevaron a cabo en las instalaciones de la CONFIEP y la sensación era que se trabajaba “contra el reloj”. La presentación final de la propuesta la realizó Ludwig Meier ante el Consejo de Ministros, aunque como ya se manifestó líneas arriba, el ministro de economía aún expresaba algo más que un simple escepticismo. De acuerdo a la información obtenida por el profesor Carlos Ramos, fueron los asesores del ministro, Fritz Du Bois y Augusto Álvarez Rodrich, quienes finalmente lo convencieron de la idea de crear el Indecopi⁵³⁸. Debido a que la época en la que se gestó el Indecopi era una evidente “interrupción” de la democracia, el instrumento legal a través del cual se dio nacimiento a la institución fue el Decreto Ley N° 25865. Aunque la creación del Indecopi cuenta con la firma de Carlos Boloña, ya se ha expuesto los temores y el descontento post-parto del que sufrió el ex ministro de economía. Una de sus mayores preocupaciones fue el excesivo poder que se le atribuía al Indecopi, el cual, mal utilizado, podía generar terribles distorsiones en el mercado, alterando la libre competencia⁵³⁹.

Es importante tener en perspectiva que el mismo temor que poseía Carlos Boloña lo poseían algunos abogados que fueron reclutados, muchos de ellos luego de haber seguido una maestría en Derecho en Estados Unidos, para dirigir Indecopi ocupando puestos clave de la institución. Uno de ellos fue el profesor Alfredo Bullard, quien se desempeñó como Presidente de la Sala de Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, entre 1996 y 1998, así como Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del mismo Tribunal, durante los años 1996 y 2001. En una entrevista realizada por Carlos Ramos, Alfredo Bullard no duda en enfatizar que el Indecopi no es, de ninguna manera, un órgano regulatorio, sino simplemente una agencia de la competencia, ya que concebido de otro modo, detentaría un poder excesivo y peligroso⁵⁴⁰.

⁵³⁷ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Ibid.* pp. 54-55

⁵³⁸ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Ibid.* p. 57. De las conversaciones con Fernando Arrunátegui.

⁵³⁹ Entrevista a Carlos Boloña en *Ius et veritas. Op.cit.* p.93

⁵⁴⁰ Conversaciones con Alfredo Bullard. En: RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Op.cit.* 60

En el mismo sentido se pronunció la ex Presidenta del Indecopi, Beatriz Boza, quien en un célebre libro, en el que participaron connotados economistas como el premio Nobel, Douglas North, titulado: *The role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards an Academic Audit of Indecopi*, no dudó en enmarcar la constitución del Indecopi al interior de la nueva y gestante “cultura del mercado”, desarrollada en la década de los 90. Las ideas que sostienen la actuación del Indecopi, sostiene Boza, son parte de una filosofía que supone entender que los negocios, los inversores y los consumidores son los principales protagonistas de una competencia honesta y justa en el Perú. El rol del Estado, por lo tanto, implica el ejercicio de una función de árbitro, la cual se manifiesta a través del establecimiento de las reglas de juego, así como a través de su ejecución (ella usa el término *enforcement*)⁵⁴¹.

Fue durante la gestión de Beatriz Boza que el gobierno de Alberto Fujimori promulgó, el día 16 de abril de 1996, el Decreto Legislativo 807°, a través del cual se desarrollaron las facultades, normas y organización del Indecopi. El objetivo de la disposición era organizar, de manera sistemática, las distintas funciones y competencias que le habían sido asignadas sobre la marcha a Indecopi. Respecto de la materia que interesa desarrollar en esta investigación, dicho decreto incorporó un cambio trascendental en el tratamiento de la jurisprudencia administrativa del Indecopi, consagrando de esta manera su vinculatoriedad:

“Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las

⁵⁴¹ BOZA, Beatriz. *The Role of Indecopi in Peru: The first seven years*. En: *The role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards an Academic Audit of Indecopi*. Lima: Indecopi, segunda edición del año 2000. p. 3.

características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.”

Esta disposición resultó novedosa y transformadora por los alcances que estableció: instauró la obligación de los órganos resolutivos del Indecopi, de seguir las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal Constitucional. Si bien existen dos diferencias centrales respecto del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, no puede negarse su carácter innovador en el sistema jurídico peruano.

Las dos diferencias sustanciales, que valen la pena ser analizadas cuidadosamente, son las siguientes. La primera es la ausencia, en el artículo 43° del decreto en cuestión, del otorgamiento de la facultad al Tribunal, Oficina o Comisión, de establecer qué resolución es la que desean expresamente que se convierta en jurisprudencia administrativa vinculante. La segunda, igual de importante, tiene que ver también con otra ausencia. Si se observa detenidamente el artículo 43°, saltará a la vista que no existe la célebre frase que le otorga facultad, al órgano resolutor, de escoger “el extremo normativo vinculante” del producto jurisprudencia.

Ambas diferencias no son accesorias, son fundamentales. Esta es la razón por la que los diversos estudios que tuvieron como objeto urgir en la “historia reciente” de nuestra jurisprudencia, para la génesis de la “vinculatoriedad” u “obligatoriedad”, nunca llegaron a dar con la jurisprudencia administrativa del Indecopi. La comparación entre disposiciones normativas no arroja ningún nivel de similitud importante, pues son justamente esas dos características reseñadas en el párrafo precedente las que caracterizan al precedente constitucional peruano.

Sin embargo, si se echa una mirada a la práctica institucional, a través de la revisión de las resoluciones de las comisiones o del Tribunal del Indecopi, entonces se notará algo desconcertante: el antecedente del precedente constitucional parece encontrarse en la jurisprudencia vinculante del Indecopi. Fue la práctica y no las disposiciones normativas expresas las que forjaron una estructura de jurisprudencia administrativa en la que se escogía qué resoluciones debían constituir precedentes y sobre todo, qué regla era la que se estaba “creando” jurisprudencialmente.

Este hecho no hace sino despertar la curiosidad y la extrañeza del investigador cultural del Derecho. No solo existe evidencia de que al interior de un sistema jurídico caracterizado como formalista, los actores de una institución nueva decidieron exceder los límites facultativos de la ley para crear cambios sustantivos respecto de los alcances de una fuente jurídica trascendental, como resulta la jurisprudencia administrativa; sino que además, esta evidencia demuestra que dicha institución, al mando de abogados formados en prestigiosas escuelas de Derecho norteamericanas, decidió construir un sistema de precedentes administrativos “poco ortodoxo”, al conferir al productor de la jurisprudencia la potestad de elegir la *ratio decidendi*.

El primer rasgo, que puede ser identificado como un “acto de rebeldía anti-formalista”, puede ser explicado por el alto nivel de respaldo gubernamental con el que contaba el Indecopi durante los 90. Después de todo, no debe olvidarse el poder no solo práctico, sino simbólico que representaba el éxito de una institución que reflejaba el proyecto de modernización económica que el fujimorismo tan orgullosamente exhibía. Sin embargo, ello solo explicaría por qué Indecopi no tuvo problemas en la implementación de una política ya decidida, no la decisión en sí. Sobre esta, la mejor explicación posible resulta la de admitir la creencia compartida (al menos entre quienes tuvieron el poder de tomar la decisión) de que la rigidez jurisprudencial era tan necesaria, de cara a coadyuvar en el mantenimiento de la seguridad jurídica, que justificaba su implementación a través de la práctica.

El segundo rasgo resulta más interesante aún. Si se analizan las primeras resoluciones de Indecopi que adoptaron el rango de jurisprudencia obligatoria, se identificará la firma del profesor Alfredo Bullard en muchas de ellas, tal vez las más importantes, relativas a las resoluciones del Tribunal. Así mismo, la Resolución N° 045-96-INDECOPI/DIR, de fecha 27 de setiembre de 1996, mediante la cual se dispone las primeras publicaciones de los precedentes de observancia obligatoria, lleva la firma de la Presidenta del Indecopi, Beatriz Boza. Tanto Alfredo Bullard⁵⁴² como Beatriz Boza⁵⁴³ siguieron estudios de post-grado en prestigiosas universidades norteamericanas. Lo interesante, como mencioné, resulta que habiendo tenido dicha experiencia cercana con el sistema del *Common Law*, hayan preferido un modelo de precedente que dista radicalmente del mismo en un punto central: en la determinación de la *ratio decidendi* por parte de los mismos productores de la jurisprudencia. Esto anula no solo

⁵⁴² Alfredo Bullard obtuvo el grado de LLM., en la Universidad de Yale.

⁵⁴³ Beatriz Boza obtuvo el grado de LLM., en la Universidad de Yale.

cualquier posibilidad de crear el “canal comunicativo” al que hice referencia en acápites anteriores, sino que instaura una versión en la que se confía ciegamente en la habilidad del órgano resolutor para hallar la regla vinculante que explica y otorga sentido al caso concreto. Antes de analizar qué clase de creencias explican la visión que el Indecopi tuvo o tiene acerca de la estructura del precedente administrativo, resultará ilustrativo observar algunos ejemplos de la manera exacta en la que el Indecopi dispuso la “exteriorización” de la *ratio decidendi*.

| Precedentes de Observancia Obligatoria de Indecopi | | |
|----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Resolución | Caso | Extremo normativo vinculante |
| N° 053-96-TRI-SDC (18 de setiembre de 1996) | La empresa “EMHI” denunció a Llagas por infracción al artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, por dedicarse a la venta de Gas Licuado de Petróleo sin la debida autorización de la Dirección General de Hidrocarburos. | “IV. Resolución de la Sala (...) Segundo.- De conformidad con lo establecido en el Artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio: No constituyen casos que caen bajo la esfera del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los casos de competencia prohibida y por el sistema legal, sea que se trate de una prohibición de competencia en un mercado determinado o sea que se trate de una prohibición relativa de competir sin gozar con las autorizaciones o licencias previstas en la ley para tal efecto. En tales supuestos, las denuncias por competencia desleal deben ser declaradas improcedentes.” |
| N° 072-96-TDC (25 de octubre de 1996) | La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria solicita el reconocimiento de unos créditos frente a la empresa Pastor Boggiano y el Tribunal debe determinar dos cuestiones: | “IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA (...) Tercero: Declarar que la presente Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en los siguientes principios: a) Con la solicitud de reconocimiento de créditos de origen tributario, es necesario que se presenten los instrumentos o documentos |

| | | |
|-------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>(i) Si procede el reconocimiento de créditos que no son exigibles; y,</p> <p>(ii) Si procede el reconocimiento de créditos de origen tributario incorporados en instrumentos o documentos respecto de los cuales aún no ha vencido el plazo para reclamar.</p> | <p>sustentatorios que acrediten el reconocimiento por el deudor o, en su caso, que hayan sido debidamente notificados al deudor tributario.</p> <p>b) Para que la Comisión o una entidad delegada reconozca los créditos de origen tributario que previamente no hayan sido reconocidos por el deudor; deberá verificar que el plazo de ley con que cuenta el deudor para impugnar de dichos créditos ante la administración tributaria haya vencido.</p> <p>c) No procede el reconocimiento de los créditos de origen tributario, cuando quede fehacientemente acreditado que dichos créditos se encuentran convertidos en la vía administrativa. Sí procederá el reconocimiento respecto de la parte de los créditos no controvertidos.</p> <p>d) Procederá el reconocimiento de los créditos mencionados en el literal anterior, cuando quede acreditado que la resolución de la administración tributaria o del tribunal administrativo competente, que resuelve la controversia, quedó consentida.”</p> |
| <p>N° 80-96-TDC (30 de octubre de 1996)</p> | <p>EDLENOR solicita el reconocimiento de unos créditos frente a la empresa ARREGUI Y CIA S.A. y el Tribunal debe determinar si los órganos administrativos encargados de la tramitación de los procedimientos derivados de la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial, son competentes para conocer las solicitudes de</p> | <p>“IV. RESOLUCION DE LA SALA (...) Segundo.- La presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto establece que: “Los órganos administrativos encargados de la tramitación de los procedimientos derivados de la Ley de Reestructuración, dejan de tener competencia para el reconocimiento de créditos frente a empresas insolventes luego de producida la declaración judicial de quiebra, asumiendo el órgano jurisdiccional, en forma única y exclusiva, el conocimiento del proceso correspondiente.”</p> |

| | | |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| | reconocimiento de créditos presentadas frente a insolventes en proceso judicial de quiebra. | |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------|--|

Fuente: elaboración propia

La similitud entre la estructura del precedente constitucional y el precedente de observancia obligatoria de Indecopi resulta ahora incuestionable. El rasgo distintivo viene determinado por el hecho de que, quien produce la resolución también establece cuál es la *ratio decidendi* o extremo normativo vinculante. Así, puede afirmarse sin ninguna exageración que la rigidez de la jurisprudencia en su máxima expresión aparece por primera vez en 1996, de la mano de algunos abogados formados en la tradición euro-continental, aunque con un post-grado en el mundo del *Common Law*.

Se puede tejer la hipótesis de que la influencia de la tradición jurídica del *Civil Law* terminó pesando más que la del *Common Law*, y ciertamente parece una explicación razonable. Debo advertir, sin embargo, que esto no es una crítica en lo más mínimo. No viene al caso ningún análisis de corte “purista”, pues la construcción de las instituciones jurídicas, incluyendo la transformación del esquema jurisprudencial, no tiene por qué obdecir a formulaciones idealistas de corte purista. De hecho, la realidad nos demuestra que un análisis como tal pertenece, en todo caso, a la dogmática del Derecho, no al Análisis Cultural.

La combinación de los rasgos de la vinculatoriedad de la jurisprudencia y del paternalismo jurisprudencial expresado este híbrido peruano que es el precedente de observancia obligatoria, que otorga la opción de reescribir a modo de regla las razones que justifican la decisión a la que se arribó en un caso concreto, es al fin y al cabo, un aporte peruano a la cultura jurídica que merece un análisis no comprometido con el resultado.

En un artículo del año 2002 titulado, “*Un nuevo paradigma: la jurisprudencia es la Ley, ¿es el “Common Law” más eficiente que el Sistema Romano Germánico?*”, Alfredo Bullard reflexiona acerca del rol de la jurisprudencia en general y sobre el precedente de observancia obligatoria en particular. Una de las primeras ideas, y de hecho de las más controversiales, que expresa Bullard es aquella que tilda de “acto de hipocresía” el considerar que la Ley es el Derecho. Aquí

Bullard desarrolla la tesis de que debido a que toda ley es aplicada por un juez, en realidad, “la Jurisprudencia es la Ley”⁵⁴⁴.

La explicación de esta idea la desarrolla tratando de demostrar el atractivo funcional que comporta la figura de la jurisprudencia si es usada de manera apropiada. Esta explicación la contextualiza entre dos tensiones que todo sistema jurídico debe enfrentar: la seguridad jurídica que brinda predictibilidad, de un lado, y la demanda de flexibilidad, de otro⁵⁴⁵. La seguridad jurídica es entendida como la posibilidad de que las personas y las empresas conozcan de antemano cuáles serán las posibles consecuencias de una determinada acción. En esta noción puede apreciarse que la noción de Bullard está más cerca de la “certeza jurídica” que de la noción de “seguridad jurídica” en su acepción clásica. El viraje semántica aparece consumado cuando explica el contexto discursivo en el que se sustenta la idea:

“Si hay incertidumbre no hay contratos, no hay intercambios, no hay inversión, por tanto, no hay desarrollo”⁵⁴⁶.

La flexibilidad a la que Bullard hace referencia es entendida como una característica del ordenamiento jurídico que le permite a este, responder frente a la dinamicidad de la vida social. Se perfila la idea de un mecanismo institucional que siempre estará rezagado y tras los pasos de la vida en sociedad, la cual es cambiante de por sí, pero que en el actual contexto de globalización aún lo es más. A continuación desarrolla la idea de que el sistema del Civil Law ha escogido la herramienta más estática para hacerle frente a un mundo en constante cambio. Sus reglas generales, aún cuando son complementadas con reglamentos algo más flexibles, condicionan un entorno poco dinámico⁵⁴⁷.

Al reflexionar acerca de los sistemas que pertenecen al Common Law, Bullard concluye que dichos sistemas gozan de una mayor flexibilidad debido al rol estelar que el juez posee en la producción del Derecho. De hecho, una de sus mayores virtudes es que “el juez puede adaptar los principios del caso concreto y con ello a los cambios que se produzcan en la sociedad se

⁵⁴⁴ BULLARD, Alfredo. *Un nuevo paradigma: la jurisprudencia es la Ley, ¿es el “Common Law” más eficiente que el Sistema Romano Germánico?* En: Revista Derecho & Sociedad N° 19, 2002.p. 253

⁵⁴⁵ BULLARD, Alfredo. *Ibid.* p. 254

⁵⁴⁶ BULLARD, Alfredo. *Ibid.*

⁵⁴⁷ BULLARD, Alfredo. *Ibid.* p. 254.

van reflejando en la jurisprudencia⁵⁴⁸. El riesgo de que el sistema se vuelva menos predecible es contrarrestado con la fuerza vinculante que adoptan las sentencias judiciales, razón por la cual los jueces no pueden elegir entre seguir o no seguir lo decidido anteriormente por un juez de mayor instancia.

Si pareciera que Bullard elogia la característica de flexibilidad y el espacio con el cuentan los jueces para adaptar los principios al caso concreto, olvidando con ello la rigidez que el Indecopi instauró al momento de configurar la estructura paternalista de la jurisprudencia administrativa, ello no es así. El mismo Bullard lo reconoce al sostener lo siguiente:

“Pero el sistema de Indecopi no ha ido al extremo del Common Law de establecer que toda la jurisprudencia tiene contenido vinculante “erga omnes” y que todos los precedentes son de carácter obligatorio. (...) Por ello, las resoluciones que dicta el Indecopi y que tienen carácter obligatorio, contienen en su parte resolutive una declaración expresa de cual es el principio que tiene el carácter vinculante. Ello le da transparencia y por tanto predictibilidad al sistema.”

Si bien la explicación -o confesión- que construye el profesor Alfredo Bullard me exime de hacer mayores conexiones interpretativas para justificar el elogio de un sistema de precedentes y al mismo tiempo, la dotación de una característica distinta al que tuvo a su cargo; sí es conveniente esclarecer algo. Lo que establece Indecopi no son pautas o principios generales, sino reglas. La distinción ya ha sido explicada anteriormente, pero vale la pena repetirla: los principios tienen un supuesto y una consecuencia jurídica abierta, mientras que las reglas tienen ambos elementos cerrados. Ello es fácil de constatar en el cuadro que elaboré sobre la jurisprudencia del Tribunal de Indecopi y en la demás jurisprudencia que se desee revisar.

El trabajo jurisprudencial del Indecopi y la reflexión y justificación teórica del mismo, por parte del Profesor Alfredo Bullard, constituyen la síntesis de un fenómeno de agudización del discurso de la seguridad jurídica. Si bien sus inicios pueden remotarse a la idea de Hernando de Soto de buscar mayor certidumbre en una herramienta institucional como el Derecho y al mismo tiempo, puede analizarse la construcción que va recibiendo a través de los discursos presidenciales de Fujimori, así como en la recepción que encuentra en las distintas leyes de

⁵⁴⁸ BULLARD, Alfredo. *Ibid.* p. 255

transformación económica de la década de los 90, en las cuales que se las ideas de previsibilidad y claridad por parte del Derecho se hacen manifiestas, es en Indecopi donde el discurso de la seguridad jurídica se transforma en el discurso de la certeza jurídica hecha boca del Tribunal (o de la Comisión).

La intención de dotar de la mayor certeza posible hizo que los funcionarios encargados de administrar justicia administrativa en Indecopi optaran por un modelo que reivindica la actuación casi “legislativa” de la jurisprudencia. La certeza deseada, en otras palabras, se convirtió en Indecopi en rigidez institucionalizada a través de un paternalismo casuístico. La creencia compartida en la infalibilidad del “juez superior” había nacido.

3.4.2. El sujeto no ha muerto: Juan Monroy Gálvez desafía a Foucault y a Dworkin

Imagine que es un historiador del siglo XXII y que en usted despierta un súbito interés por encontrar las razones y los rasgos culturales que hicieron posible la emergencia del precedente constitucional peruano en el año 2004. Si adopta una visión dogmática encontrará la respuesta de manera rápida: el antecedente del precedente constitucional se encuentra en el precedente obligatorio penal, consagrado en el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales. Ambos hacen referencia a la vinculatoriedad y a la facultad delegada a los jueces, de establecer el extremo normativo vinculante.

Si adopta una visión institucionalista y más receptiva de la práctica jurídica, entonces es probable de que llegue a la conclusión de que el precedente de observancia obligatoria del Indecopi es el antecedente del precedente constitucional peruano. Después de todo, existen evidencias objetivas respecto de la similitud en sus estructuras: el Tribunal del Indecopi elige qué resoluciones son consideradas precedentes y escoge, además, qué reglas (disfrazadas como principios) constituyen esa *ratio decidendi* que deberá ser seguida de ahí en adelante. Incluso puede que adopte el enfoque del análisis del discurso y sostenga que lo que explica la emergencia es el discurso de la seguridad jurídica. Después de todo, también existe evidencia que lo respalda: ahí están los discursos de Alberto Fujimori, ahí está el texto más exitoso en materia económica del Perú de los 90 (*El otro sendero*), ahí están los decretos y las leyes que transformaron nuestra economía hablando sobre previsibilidad y seguridad jurídica; y sobre

todo, ahí están las justificaciones teóricas al modelo de jurisprudencia del Indecopi, las cuales reivindican cierta idea de la seguridad jurídica.

Sin embargo, dicha explicación encuentra dos problemas fundamentales. El primer problema es de orden intuitivo y práctico: ¿desde cuándo un discurso orientado hacia la previsibilidad de reglas para los inversores se acomoda al horizonte teórico de la justicia constitucional? En otras palabras, ¿dónde reside el vínculo entre el discurso de la seguridad jurídica de los 90 y la adopción final de la estructura del precedente constitucional? Este paso explicativo brilla por su ausencia y dudo mucho de que alguien pueda construir una explicación satisfactoria que los una.

El segundo problema tiene nombre y apellido: Juan Monroy Gálvez; de ahí el título del presente y último acápite de la investigación. Para ir colocando los hechos relevantes en perspectiva, la actuación de la Comisión de profesores de Derecho que trabajó el Proyecto del Código Procesal Constitucional revela una serie de pautas y creencias compartidas que constituyen las únicas explicaciones satisfactorias de la emergencia del precedente constitucional. Dentro de este conjunto de acciones, la creencia compartida negativa de desconfianza hacia lo judicial, puesta en práctica por Juan Monroy, resulta esencial para comprender la adopción de la estructura rígida del precedente constitucional.

Esto no significa que Juan Monroy haya “matado” a Michel Foucault. Si bien es cierto que la sombra de la crítica reductivista e incluso con cierto olor a estructuralista, que se cierne sobre Foucault puede resultar razonable -sobre todo cuando se recuerda el confinamiento o subordinación al que este pensador somete al individuo en el mundo de los discursos convertidos en dispositivos de disciplina-, el presente caso de estudio demuestra que los discursos no se desechan, aún cuando son otras creencias las que explican la emergencia del precedente constitucional. Antes de pasar a revisar estas creencias, abordaré y justificaré por qué el rol del discurso de la seguridad jurídica no es estéril en la cuestión del precedente constitucional.

Ya se ha visto cómo la irrupción de la figura del precedente constitucional, una institución rígida, vertical y paternalista, no mereció extrañeza ni rechazo de parte de la comunidad académica del Derecho. Sin embargo, es injusto catalogar dicha recepción como una simple aceptación.

En ella también puede observarse complacencia y entusiasmo por el esquema adoptado, sobre todo porque permite brindar una mayor predictibilidad.

El profesor de Derecho Constitucional, Eloy Espinosa-Saldaña, cuenta cómo si bien antes de la llegada del precedente constitucional, el Tribunal Constitucional había desarrollado dos instrumentos que dotaban de cierta uniformidad al contenido constitucional de sus decisiones, esto no resolvió el problema de la incertidumbre⁵⁴⁹.

El primer instrumento eran las sentencias instructivas, las cuales estipulaban cómo deberían entenderse los alcances de una institución comprendida en las sentencias resueltas por el Tribunal Constitucional. Otras veces el Tribunal sugería, a través de esta herramienta, el alcance interpretativo que debería adoptarse al analizar tal o cual derecho fundamental; sin embargo, no existía aún esa fuerza vinculante propia del precedente constitucional⁵⁵⁰. De otro lado, las “sentencias interpretativas”, la otra herramienta utilizada, se basan en la distinción entre disposición normativa (texto) y norma (sentido interpretativo escogido), a efectos de realizar una interpretación sobre una determinada ley con el objetivo de rescatar el sentido interpretativo que se encuentre conforme a la Constitución. La innovación en la aplicación de esta herramienta vino cuando el Tribunal Constitucional empezó a establecer ciertos sentidos interpretativos como inconstitucionales⁵⁵¹.

Incluso bajo ese contexto, el profesor Eloy Espinosa-Saldaña constata que no había uniformidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que ello “resentía la credibilidad de los diferentes jueces constitucionales, dificultándose la consolidación de su rol dentro del ordenamiento jurídico peruano, y la materialización de sus labores de constitucionalización del Derecho o comprensión de toda la normativa nacional bajo los parámetros recogidos en el texto constitucional vigente.”⁵⁵²

⁵⁴⁹ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas y los riesgos de no respetarlo*. En: Independencia Judicial. Visión y perspectivas. Lima: Asociación de jueces para la justicia y la democracia, 2007.p. 120

⁵⁵⁰ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Ibid.* Aquí el autor hace referencia al caso “Eleobina Aponte”, a través del cual el Tribunal Constitucional las diferentes clases de Hábeas Corpus, dejándose atrás la idea de un Hábeas Corpus clásico y uni-funcional. Expediente 2663-2003-HC/TC.

⁵⁵¹ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA ELOY. *Ibid.* Un caso, señalada por el autor, en el que el Tribunal Constitucional distingue cierto sentido interpretativo como “constitucional” y declara la inconstitucionalidad de otro es el caso “Tineo Silva”. Expediente 090-2004-AA/TC.

⁵⁵² ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Ibid.* p. 121

Al analizar el contenido del caso “Municipalidad Distrital de Lurín”⁵⁵³, el profesor Espinosa-Saldaña reconoce que el Tribunal Constitucional ha decidido optar por una concepción del precedente similar a la que en *common law* se conoce como versión maximalista. Dicha versión acepta como precedente a una figura que se ocupa de manera general y abstracta de las controversias jurídicas de un caso, dejando de lado las particularidades que los hechos dejan exhibir a quien desee prestarle atención. El autor advierte que dicha visión suele traer consecuencias negativas: imprecisión, descuido por elementos centrales que fundamentan un caso y hasta el riesgo de vulnerar ciertos derechos fundamentales⁵⁵⁴. Sin embargo, lo más importante a efectos del punto que deseo tocar en este acápite viene al final de su texto. Ahí se deja constancia de que, al margen de estos riesgos, la idea del precedente constitucional ayuda a cumplir la tarea de los jueces constitucionales de ser los “mediadores bajo parámetros jurídicos ante los más relevantes conflictos políticos”, asegurando la predictibilidad de sus pronunciamientos⁵⁵⁵. De este modo, el objeto de su función, marcar la pauta interpretativa de la Constitución, incrementa la relevancia que adquiere la predictibilidad de sus decisiones.

Observemos otra reacción institucional, esta vez parcialmente académica. El 25 de setiembre del año 2003 se estableció, mediante la Ley N° 28083, la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia –CERIAJUS. Dicha iniciativa constituyó el proyecto de reforma de justicia más ambicioso que se haya emprendido en la historia republicana de nuestro país. La Comisión contó con una importante cantidad de expertos en el sistema de justicia y su configuración posibilitó la creación de grupos de trabajos especializados en temas específicos, con lo cual se abrió la posibilidad de trabajar de manera directa con los especialistas de las distintas áreas vinculadas a la reforma del sistema de justicia.

Como parte de grupos temáticos especializados, el 27 de enero del 2004 se instaló el “Grupo de Trabajo Temático sobre Predictibilidad y Jurisprudencia”, en adelante “Grupo de Trabajo”, constituido por jueces, fiscales, representantes de la sociedad civil y profesores de Derecho⁵⁵⁶. Las premisas metodológicas y las conclusiones a las que llegó el Grupo son de vital

⁵⁵³ Expediente 0024-2003-AI/TC.

⁵⁵⁴ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Ibid.* pp. 122-123.

⁵⁵⁵ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Ibid.* p. 142

⁵⁵⁶ El coordinador del Grupo fue el Dr. Javier De Belaúnde López de la Romaña y dentro de los más destacados miembros se encontraban los siguientes: Dr. Juan Monroy Gálvez, Dr. Guillermo Lohmann Luca de Tena, Dr. Javier Mendoza Ramírez, Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, así como la Dra. Grace Arroba Ugaz.

importancia para tener una idea clara acerca de la receptibilidad del discurso de la seguridad jurídica desarrollada a lo largo de la década de los 90 en el Perú.

Una de las premisas con las que inicia el informe final que entregó el Grupo de Trabajo fue la de incorporar el fenómeno de la predictibilidad jurisprudencial al interior del deber de motivación judicial, el cual fue caracterizado como el deber de explicar razonablemente la razón de la aplicación del Derecho al caso concreto⁵⁵⁷. Otra de las premisas analíticas con las que inician su explicación acerca del fenómeno de la predictibilidad es la distinción entre doctrina jurisprudencial y sentencias normativas. Las primeras carecen de vinculatoriedad: aunque otorgan cierta pauta interpretativa solo lo hacen a manera de referencia. Las segundas, por el contrario, resultan vinculantes para los tribunales inferiores y superiores, e incluso se animan a equiparar esta clase de jurisprudencia al principio de *stare decisis*⁵⁵⁸. El análisis en este ámbito es escueto pero muy claro.

El primer rasgo de agudización de la predictibilidad como virtud hecha técnica jurídica aparece cuando en el informe se sostiene que sin ella, lo que queda es pura arbitrariedad⁵⁵⁹. Esta caracterización no debe pasar desapercibida. La lógica que adopta el Grupo de Trabajo es una lógica binaria, atrás queda la visión acerca del ejercicio de la jurisdicción como práctica que se legitima por medio de las razones que explican el resultado de la sentencia. Si hay dos sentencias con alcances distintos en el resultado, no solo estamos frente a un escenario que crea escepticismo e incertidumbre, sino que en sí mismo es la manifestación de la arbitrariedad más manifiesta que se pueda encontrar.

Sin embargo, los rasgos que le son atribuidos a la figura de la sentencia normativa y que develan las creencias compartidas que el Grupo de Trabajo asumió, son aquellos están referidos a las consecuencias positivas que trae consigo dicha figura: (i) la celeridad del servicio de administración de justicia, (ii) el control de la corrupción, (iii) el aumento de la credibilidad institucional, (iv) la emisión de reglas claras y promoción de la inversión privada; y, (v) la igualdad. Como es de suponerse, me enfocaré en las dos últimas.

⁵⁵⁷ Informe Final del Grupo de Trabajo Temático sobre Predictibilidad y Jurisprudencia. p. 2

⁵⁵⁸ Informe Final del Grupo de Trabajo Temático sobre Predictibilidad y Jurisprudencia. p. 3.

⁵⁵⁹ Informe Final del Grupo de Trabajo Temático sobre Predictibilidad y Jurisprudencia. p. 4.

Al consignarse la promoción de la inversión privada como una de las deseables consecuencias que puede acarrear el uso de sentencias normativas o precedentes vinculantes, es inevitable percibir la influencia del discurso construido durante la década de los 90 en torno a la seguridad jurídica. De acuerdo al Grupo de Trabajo, al emitir criterios claros y definitivos se genera la predictibilidad necesaria que permite la atracción de la inversión privada al país. En sus propias palabras:

“Reglas jurisprudenciales más claras traen consigo, como corolario natural, la promoción de la inversión privada nacional y extranjera, porque el inversionista, en este escenario, va a estar en mejor capacidad para medir el riesgo de las operaciones que desee realizar y de las áreas concretas en las que pretende vivir.⁵⁶⁰”

Respecto al respeto al derecho a la igualdad entre los justiciables, como otra de las consecuencias deseables del precedente judicial, el Grupo de Trabajo apenas desarrolla las virtudes de dicho derecho. De manera inmediata aclara que bajo ningún punto de vista puede entenderse que la obligación de respetar una decisión anterior no es absoluta y que cabe aplicar la figura del *distinguishing*. Se hace incluso referencia a la idea de que si bien el deber del juez consiste en seguir la “voluntad de la ley”, dicha voluntad no es estática y que va cambiando en el devenir social.

El Grupo de Trabajo grafica la tensión que también graficó Alfredo Bullard respecto de la predictibilidad versus la petrificación del Derecho. Sin embargo, a diferencia de aquél, se aventuran en sostener que la tradición del *common law* ha sabido sortear dicha dificultad a través del *distinguishig*. Como se ha visto durante el desarrollo pertinente de esta investigación, ello no es cierto. La figura del *distinguishing* no tiene como motivación rescatar la dinamicidad del sistema legal. Cualquier cambio en la jurisprudencia debe hacerse a través de una nueva decisión por parte de la autoridad jurisdiccional que instauró el precedente o por vía legislativa.

Al margen de las graves imprecisiones en las que incurre el Grupo de Trabajo en la caracterización de las virtudes que acarrea la figura del precedente, lo que debe rescatarse son las evidencias acerca de las creencias que se asumen en torno a la figura del precedente. Estas evidencias apuntan en la dirección unívoca de confirmar la idea un precedente

⁵⁶⁰ Informe Final del Grupo de Trabajo Temático sobre Predictibilidad y Jurisprudencia. p. 7.

representado como una institución que se relaciona con la predictibilidad a través de una lógica binaria: de todo o nada. Ahí se encuentra la afirmación fulminante acerca de los dos caminos posibles: o la previsibilidad o la arbitrariedad en toda su manifestación. A ello debe sumarse, sin duda, el papel que juega la idea de la predictibilidad como promotora de la inversión privada.

En un artículo titulado “*Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad. Una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial y promover las inversiones*”, Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel⁵⁶¹ desarrollan una propuesta para implementar el *stare decisis* en el Perú. Por el título del artículo puede advertirse el rasgo que los autores más valoran del precedente judicial. De hecho, en todo momento son muy claros y transparentes en mencionar que su propuesta está encaminada a desarrollar mayor predictibilidad de la jurisprudencia comercial, de forma tal, que como consecuencia directa de la implementación del precedente –al estilo del *common law*- se facilite o mejore la captación de las inversiones.

En realidad, su propuesta no resulta novedosa en el plano teórico, pues no añaden precisiones a la institución del precedente ni al de la casación. El aporte de los autores pasa, en un primer plano, por postular la adopción de un nuevo norte: en abrazar el valor de la seguridad jurídica como objetivo central de la reforma del sistema de justicia⁵⁶². Dicha propuesta es importante y constituye un aporte en la política jurisdiccional que se encontraría justificado por las ventajas que la previsibilidad de las decisiones judiciales trae para los inversionistas. En un segundo plano, los autores proponen dos tareas bastante modestas pero muy útiles. La primera tiene que ver con que se ponga en práctica, con mayor regularidad, el artículo 400° del Código Procesal Civil y se dicten más Plenos Casatorios. La segunda propuesta consiste en que se procesen y clasifiquen todas las sentencias del Poder Judicial, de manera que los justiciables puedan conocer con anticipación la manera en la que resolverán sus posibles casos⁵⁶³.

El nivel de internalización –casi ideológica- del discurso de la seguridad jurídica no se expone en las propuestas antes esbozadas, en las que perfectamente se vislumbra una justificación

⁵⁶¹ DIEZ CANSECO, Luis y Enrique Pasquel. *Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad. Una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial y promover las inversiones*. Revista Economía y Derecho de la UPC. Otoño 2004.

⁵⁶² DIEZ CANSECO, Luis y Enrique Pasquel. *Íbid.* p. 21

⁵⁶³ DIEZ CANSECO, Luis y Enrique Pasquel. *Íbid.* p. 22.

económica que resulta razonable, sino –paradójicamente- en la dimensión explicativa del ensayo. Cuando los autores repasan la evolución histórica del *stare decisis* en la tradición del *common law*, mencionan que este habría hecho su aparición en un país (Inglaterra) en el que el derecho era esencialmente consuetudinario, como una respuesta necesario que brindaba “solidez y predictibilidad” al sistema jurídico, además que evitaba que el rey o el Parlamento alterara aquello que las cortes habían determinado como lo justo⁵⁶⁴. Como se ha visto en el curso de la presente investigación, esa no fue la razón por la que apareció el precedente como concretización del principio de *stare decisis*. Los autores cometen el error de extrapolar aquello que resulta lógico y hasta “natural”, como lo es la necesidad de brindar predictibilidad en un mundo de derecho consuetudinario, a una explicación histórica. Esto demuestra el nivel al que puede llegar la difusión del discurso de la seguridad jurídica en algunos sectores de la academia peruana.

En la sección del artículo dedicada a exponer los valores que acompañan a la figura del *stare decisis*, los autores señalan como únicos valores, los siguientes: “la estabilidad, la certeza, la predictibilidad, la consistencia y el respeto a la autoridad.”⁵⁶⁵ No se trata de los valores que ellos proponen adoptar en la construcción o asimilación de la figura del precedente en el Perú, pues ello lo mencionan en otro apartado. Los autores, deliberadamente o tal vez, ignorándolo, se olvidaron de mencionar la regla de oro del *stare decisis*: “tratar casos iguales de manera similar”. Este principio de igualdad en la aplicación del Derecho, repetido hasta el cansancio en todos los manuales y libros que estudian el caso del precedente del *common law*, simplemente fue dejado de lado por los autores. Aquí, nuevamente, puede apreciarse los resultados de la influencia del discurso de la seguridad jurídica.

Estos tres ejemplos acerca de la recepción del precedente constitucional, por parte de profesores y abogados que se desempeñan en distintos escenarios y que gozan de distinto “bagaje jurídico”⁵⁶⁶, demuestran que el discurso acerca de la seguridad jurídica es central para entender la asimilación del precedente constitucional, no su emergencia. Demuestra además,

⁵⁶⁴ DIEZ CANSECO, Luis y Enrique Pasquel. *Íbid.* 16

⁵⁶⁵ DIEZ CANSECO, Luis y Enrique Pasquel. *Íbid.* p. 17

⁵⁶⁶ El Profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera es un constitucionalista crítico, los miembros del Grupo de Trabajo Tenático sobre predictibilidad y jurisprudencia desempeñaban una función de política jurisdiccional y reunió a diversos profesores y abogados de distintas especialidades y de distintos enfoques, mientras que Enrique Pasquel y Luis Diez Canseco se encuentran más cercanos al Análisis Económico del Derecho.

que si bien el discurso puede, en determinadas ocasiones, no explicarlo todo, no se sigue de ello que haya perdido cualquier efecto en el campo de saber en el que despliega sus efectos.

La seguridad jurídica, entendida bajo su indesligable conexión respecto de la idea de una predictibilidad rígida, se encuentra presente en los tres análisis reecogidos en los párrafos precedentes. Aún cuando es evidente que los tres enfoques son distintos y tienen matices importantes que los diferencian entre sí, es también evidente que comienzan y terminan aceptando como valor justificatorio del actual sistema rígido de precedentes, a la previsibilidad. En algunos casos, como el del Grupo de Trabajo, esta idea se magnifica y se lleva a sus últimas consecuencias al afirmar que de no respetar la previsibilidad, se cae en la más rampante arbitrariedad. Algo que ni el propio Kelsen se hubiera atrevido a decir.

Lo revelador de estas tres experiencias es que terminan por constituir evidencia de una justificación, en tres niveles distintos, de un esquema de precedente que se entiende de manera binaria: “o te sometes a la literalidad del precedente o creas incertidumbre”. Es cierto que en el caso del Profesor Eloy Espinosa-Saldaña, la intensidad binaria no es radical, sin embargo, sí termina por justificar un modelo rígido en nombre de un valor (tal vez el único) que se encuentra imbuido por el alcance del discurso de la seguridad jurídica. Aquí debe entenderse dos premisas importantes. Primero, que no estoy realizando ningún juicio de valor interno, sino adoptando un enfoque externo no comprometido; y segundo, que esta justificación, que deja espacio para cierta crítica al modelo del precedente pero que termina por aceptarlo, responde al rasgo cultural del Estado de Derecho esbozado por Paul Kahn: la tendencia irrefrenable a “racionalizar” toda expresión que se acepta como formalmente válida.

El discurso de la seguridad jurídica parece, por lo tanto, haber superado los límites temporales de la década de los 90. Puede observarse su influencia en los escritos y análisis de los profesores y abogados que reflexionan acerca de la introducción del precedente constitucional. Prácticamente todos, sin excepción, consideran que el valor de la previsibilidad rígida es el valor principal o concomitante que justifica dicha introducción en el sistema jurídico. Como mencioné, esta constatación solo reafirma la necesidad de tomar en cuenta la seguridad jurídica para comprender las prácticas institucionales de recepción del precedente. No explican, sin embargo, su emergencia. Y no la explican por un pequeño detalle: uno de los pocos, o tal vez el único profesor y abogado que se ha manifestado en contra de la seguridad jurídica,

entendida en su vertiente de previsibilidad absoluta, como elemento justificatorio central del precedente constitucional es Juan Monroy Gálvez, autor del artículo VII del Código Procesal Constitucional.

Este dato es crucial y termina por redireccionar el sentido de la respuesta de la investigación. Si uno se queda en la tarea reconstructiva de la genealogía del discurso de la seguridad jurídica y compara el antecedente institucional del precedente administrativo del Indecopi con la estructura del precedente constitucional, entonces nada lo detendría a saltar a la (errada) conclusión de que el discurso de la seguridad jurídica fue el rasgo cultural determinante que hizo posible la emergencia del precedente constitucional. Ello, como ahora sabemos, no fue así. Aún cuando las acciones de los individuos no puedan escapar a los grandes discursos que se producen al interior de una comunidad, sobre todo en los ámbitos de la producción de los saberes tecnificados, de ello no se desprende que algunos actores centrales están imposibilitados de determinar un cambio institucional (curso de acción) al margen de dicho discurso dominante. De ahí el título del presente acápite y la reivindicación de una verdad de perogrullo que muchas veces se olvida en el terreno del Derecho: la historia la hacen los hombres.

Lo determinante, para llegar a esta conclusión, resultó echar un vistazo de cerca al momento de producción del precedente constitucional. A diferencia de lo que suele hacer la dogmática formalista o la hermeneútica, que revisan el producto ya institucionalizado (la disposición jurídica o la exposición de motivos de una ley), al analista cultural del Derecho lo asalta el impulso de reconstrucción del momento de creación. Debido a ello, la pregunta acerca de cómo se llevó a cabo tal disposición se mueve en otro nivel distinto al de la respuesta correcta. Se presta atención a las individualidades, al contexto, a lo que no se dijo, a quienes estuvieron vinculados al proyecto aunque no de manera directa. Es solo a través de este espíritu de investigación que uno llega a la conclusión de que uno de los métodos más infalibles para ahondar en los momentos de creación es la entrevista personal con los responsables y el cruce de información. Lo que sigue a continuación es la historia de la creación del precedente constitucional y del “descubrimiento” de un rasgo cultural que impacta en nuestra práctica institucional: la creencia negativa de la desconfianza hacia los jueces.

La elaboración del Proyecto del Código Procesal Constitucional es tan particular como apasionante. El Grupo de Profesores que lo elaboró no formó parte de ninguna comisión *ad hoc* del Congreso de la República o de ninguna otra institucional estatal. Se trató, por el contrario, de la gestación de una propuesta “privada”, de iniciativa espontánea y con vocación pública por los efectos del trabajo que emprenderían sus integrantes.

Aunque no recuerda con precisión si fue el año 1993 o 1994, lo que no olvida el Profesor Juan Monroy Gálvez es el contexto en el que se originó la idea de trabajar por uniformizar la regulación en materia procesal constitucional. Se trataba de las elecciones para el rectorado en la Universidad de Lima, donde él enseñaba y gracias a las cuales tuvo la oportunidad de representar a un grupo de profesores junto al Profesor Domingo García Belaúnde. Fue en medio de las largas horas de conversación que pasaron ambos profesores, que el tema se deslizó hacia una inquietud que ambos compartían: el estado del derecho procesal constitucional en el Perú.

La reciente experiencia que había tenido de cerca Juan Monroy Gálvez en la elaboración del novísimo Código Procesal Civil de 1992 fue determinante para que se animara a emprender un nuevo proyecto de sistematización de la regulación en materia de los diversos procesos constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico. Años más tarde se referiría al Código Procesal Civil de 1992, así como al Código Procesal Constitucional como “códigos del Siglo XXI, adelantados a su época”⁵⁶⁷.

Al Profesor Domingo García Belaúnde la idea le pareció estupenda, él había sido el autor de la Ley N° 23506, Ley de Amparo y Hábeas Corpus de 1982 y fue el precursor del Derecho Procesal Constitucional en el Perú; incluso con anterioridad a esa fecha y en medio de la dictadura de Juan Velasco Alvarado, a través de su ejercicio académico. Es así como entre estos dos Profesores de Derecho surgió la idea y el compromiso que los llevó a seleccionar al grupo de profesores, a sugerencia del Profesor García Belaúnde, que se encargaría de la elaboración de una nueva propuesta sistemática y moderna en materia de Derecho Procesal Constitucional. El Grupo de Profesores finalmente quedó conformado de la siguiente manera: Domingo García Belaúnde, Juan Monroy Gálvez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Samuel B. Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia.

⁵⁶⁷ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

La primera sesión de instalación del Grupo de Profesores se llevó a cabo en junio de 1995 y la primera sesión de trabajo se realizó el 5 de julio de 1995. Al inicio, las reuniones de trabajo se llevaron a cabo en San Isidro, en el estudio de abogados de Javier De Belaúnde López de la Romaña y de Juan Monroy Gálvez, mientras que en los últimos años de trabajo se desarrollaron en el nuevo estudio de abogados del último. Dichas sesiones solían empezar a las ocho de la mañana y duraban entre tres y cuatro horas, en las que además de intercambiar ideas acerca de la estructura de la disposición normativa que sea crearía, se discutía mucho acerca de la situación política por la que atravesaba el país.

Es importante tener en cuenta que el contexto político fue determinante en dos niveles. A un primer nivel resultó determinante para la formulación del contenido de la disposición normativa que se estaba preparando, mientras que a un segundo nivel lo fue para la estrategia que se usaría a efectos de promover la promulgación del Código. Al respecto cabe hacer una precisión fundamental. Cuando el trabajo recién se inició, no se tenía definido que el producto final sería un Código Procesal Constitucional. El objetivo central era dotar de uniformidad a la legislación dispersa y asistémica que poseía el sistema jurídico peruano en materia de procesos constitucional. Durante la elaboración del trabajo fue surgiendo la idea de elaborar una Ley Unificadora de toda la legislación dispersa, luego se pensó en hacer una Ley General, luego una Ley Orgánica, hasta que finalmente se adoptó la decisión de diseñar un Código Procesal Constitucional.

El Profesor Domingo García Belaúnde no recuerda exactamente qué fue lo que los hizo decantarse por esa última opción, aunque ciertamente se había tomado en cuenta tanto la experiencia reciente del diseño del Código Procesal Civil, así como la reflexión acerca de la existencia del Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán en Argentina⁵⁶⁸.

Respecto al primer nivel de influencia del contexto político nacional en el contenido del Código Procesal Constitucional, el Profesor Juan Monroy Gálvez recuerda que el gobierno de Fujimori ya había mostrado claramente su talante autoritario y corrupto, razón por la cual había que hacer algo para articular una mejor defensa de los derechos fundamentales a través de la tutela jurisdiccional constitucional. Monroy Gálvez rescata un dato simbólico muy importante: “Vladimiro Montesinos había concentrado todos los delitos tributarios en dos salas para poder

⁵⁶⁸ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013.

ejercer mejor su presión en temas que le beneficiarían. De modo que era como ir a dónde Herodes o ir donde Pilatos, estábamos igual condenados.⁵⁶⁹”

El mismo acto intelectual de reunirse a elaborar un Código que proveería de mayor garantía a los derechos fundamentales era un protesta, era su manera de protestar contra el gobierno fujimorista: “hay gente que ubica las protestas en los años 70, en la época de los hippies y del LSD, que es mi época sin duda, pero sucede que la forma de protestar va cambiando con los años y a nuestra edad hacer el código era un forma de protesta”, revela Juan Monroy⁵⁷⁰. Así lo sintió siempre él y lo percibió en sus colegas, pues las reuniones muchas veces se transformaron en sesiones de catarxis grupal contra los abusos de poder de la década de los 90.

Respecto al impacto del contexto político en la estrategia que adoptó el Grupo para lograr la promulgación del Código, puede decirse que fue determinante. Un primer proyecto se tuvo a la mano en el año 1996 y otra versión en el año 1997. Dicha última versión fue enviada a varios abogados destacados y jueces con amplia experiencia, con el objetivo de recibir sus apreciaciones y mejorar el producto elaborado. Algunos años después, luego de haber afinado algunos temas, el trabajo del Grupo se enfrió y pronto dejaron de reunirse. Comenzaban los años más álgidos de autocracia fujimorista. Ya había ocurrido el penoso episodio de destitución de los magistrados constitucionales que se opusieron a la Ley de Interpretación Auténtica que permitía la inconstitucional segunda reelección de Fujimori, así como el retiro del Perú de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por esa razón, al no ver ni remotamente alguna posibilidad de encontrar algún interlocutor que defendiera el espíritu de la propuesta legislativa, el Grupo decidió aguardar. Quien hizo suya la propuesta final, que es la versión del Proyecto del Código Procesal Constitucional del año 2003, fue el Congresista Natale Amprimo. Sin embargo, este tuvo que esperar el momento adecuado para someterlo a votación en el Congreso. Juan Monroy Gálvez no recuerda la fecha exacta, pero sí recuerda bien que fue una noche del 2004 cuando lo despertó una llamada a las 11 de la noche. Era un miembro del Grupo de Profesores que le traía la buena nueva: el Proyecto sería debatido pronto, razón por la cual debía hacer los últimos cambios a los

⁵⁶⁹ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

⁵⁷⁰ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

acápites que se encontraban bajo su responsabilidad lo antes posible: el plazo era de dos horas.

La primera reacción del procesalista sería decirle a su colega que eso era imposible y que mejor “todo quedaba ahí”, que se dejara pasar la oportunidad. Él recordaba claramente un desayuno grupal en la *Bomboniere*, en San Isidro, en el que conversando acerca de los detalles finales del Código, se acordó que desde que se tuviera la noticia de que el Proyecto fuera acogido, se otorgarían dos meses para que cada uno hiciera los cambios finales que se encontraban pendientes⁵⁷¹.

Este episodio es más importante de lo que a primera vista puede parecerle al ojo del dogmático formalista. Describir cómo opera el Derecho en su nacimiento, cómo se somete a las prácticas jurídicas informales y cómo los más diligentes artesanos de la ley pueden verse acorralados por la oportunidad política, ayuda a entender el resultado institucional. Aunque ciertamente debe aclararse que esto no condiciona el enfoque interpretativo que se use para hallar la respuesta correcta.

Al entender que esa era probablemente la única ventana de oportunidad de la que gozaría el Proyecto del Código, Juan Monroy tuvo que aceptar las condiciones. Al final el trabajo salió con más errores de los que él puede tolerar, pero esas fueron las circunstancias que escapaban a su control. Uno de los principales errores fue el hecho de que el Código contemple una previsión cautelar especial para los gobiernos municipales, algo que no tiene ni pies ni cabeza para el Profesor Monroy. Sin embargo, la figura del precedente, aunque distinta, también le ha dejado un sabor amargo que difícilmente se desvanecerá.

El primer dato fundamental que debe entenderse respecto de la construcción del precedente constitucional es que su autor, su único autor, fue Juan Monroy Gálvez; al punto que lo describe bajo estas palabras: “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.”. Lo mismo no sucede, sin embargo, con el artículo VI del título preliminar, el cual, como se ha visto, desarrolla el instituto de la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional, que es copia del numeral 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España. El Profesor Juan

⁵⁷¹ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

Monroy no estuvo a cargo ni de su diseño ni tuvo oportunidad de revisarlo⁵⁷². Tal vez esto explique mejor por qué se diseñaron dos artículos que atan el ejercicio de la función jurisdiccional a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Son dos artículos que se yuxtaponen y que hasta el día de hoy no han encontrado una explicación teórica sólida que justifique su distinción.

El Profesor Domingo García Belaúnde tampoco recuerda quién fue el responsable del artículo VI. Sostiene que el trabajo del Título Preliminar, en el que se incriben ambos artículos, fue un trabajo en conjunto, que pasó por muchas revisiones. Lo que vale la pena destacar de su visión acerca del precedente es su convicción de que el problema del precedente constitucional peruano reside en quienes lo han utilizado, no en la estructura que finalmente adoptó. Son los magistrados del Tribunal Constitucional quienes han hecho un uso desmedido del precedente, abarcando muchas sentencias y por lo tanto muchas materias en poco tiempo, reduciendo de esta forma el espacio de flexibilidad que todo sistema jurídico necesita.

La experiencia personal comienza a ser esencial a esta altura de la investigación. El interés por la jurisprudencia fue algo que acompañó al Profesor Domingo García Belaúnde desde sus años como alumno en la Pontificia Universidad Católica, de la que recuerda con especial cariño a las clases prácticas en las que se estudiaban los casos más importantes. Su experiencia como profesor de intercambio en la Universidad de Wisconsin también generó un impacto positivo que reforzó su mirada acerca de la importancia de la jurisprudencia. Ahí tuvo oportunidad de aprender, de mi primera mano, acerca de la doctrina del precedente del *common law*, de manera que a su regreso decidió reformular los materiales de enseñanza de sus cursos, incluyendo además de la doctrina, a la jurisprudencia más importante de la materia que enseñaba⁵⁷³.

⁵⁷² Existen dos motivos principales para no dudar de la palabra del entrevistado. El primero es el hecho de que no se atribuye hechos cuando le significan logros. Se atribuyó la paternidad del artículo VII y no tiene reparos en admitir que se arrepiente del diseño que escogió. El segundo elemento a tomar en cuenta es que durante la entrevista, antes de preguntarle por la autoría del artículo VI, le pedí su explicación acerca de la distinción entre el alcance normativo de ambos artículos. Sin ningún problema y exhibiendo tanta humildad como erudición, reveló que no había tenido tiempo de reflexionar al respecto. Yo le oculté el plagio del artículo VI hasta después de que me asegurara la respuesta definitiva por su autoría.

⁵⁷³ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013.

Existen dos puntos en los que coinciden completamente tanto Domingo García Belaúnde como Juan Monroy Gálvez, dos puntos que además, son centrales. El primero es que la seguridad jurídica no fue el valor que los impulsó a esbozar en el Código Procesal Constitucional un diseño estructural que afianzara el seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El segundo punto es que ambos reconocen que fue necesario otorgar la facultad a los magistrados del Tribunal de establecer el extremo normativo vinculante o la *ratio decidendi*, debido a que los jueces del Poder Judicial no se encuentran en condiciones de averiguarlo por sí mismos, debido a una serie de deficiencias⁵⁷⁴. La combinación de ambas creencias abre un contexto explicativo de nuestra cultura jurídica que excede, aunque no anula, la explicación ofrecida por el análisis del discurso de la seguridad jurídica.

Empecemos por la última creencia. Se trata de una creencia que he catalogado como una creencia negativa, pues no hace referencia a un valor jurídico, como podría ser el caso de la igualdad ante la ley, la previsibilidad o la uniformidad de la jurisprudencia. Se trata de la creencia de que los jueces del Poder Judicial no se encuentran capacitados para hallar la *ratio decidendi* por ellos mismos. Esto no quiere decir que Juan Monroy Gálvez mire por encima del hombro a los jueces del Poder Judicial, nada más lejano de la realidad. De hecho su compromiso para con el sistema de justicia es ampliamente reconocido en el medio y en esta investigación ha sido recogida su participación en el Grupo de Trabajo de la CERIAJUS sobre predictibilidad y jurisprudencia, como para tener una idea acerca del alcance de sus preocupaciones.

El diseño del precedente constitucional pasó por una dura constatación de la realidad del sistema de justicia. Juan Monroy Gálvez es consciente de la gran cantidad de casos que deben resolver los jueces de primera y de segunda instancia. 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; eso pensó el procesalista al introducir el artículo VII. Dado el contexto de alta carga procesal, es 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. Además, no hay que olvidar que en países como Estados Unidos, la determinación de la *ratio decidendi* de un caso no solo pasa por el

⁵⁷⁴ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013 y Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

despacho del juez ante quienes las partes invocan un caso como precedente. Pasa también por revistas especializadas, por los *casebooks*, por profesores y por estudiantes de derecho, quienes estudian los casos y van determinando, en medio de un gran diálogo, cuáles son los hechos relevantes y cuáles son las razones determinantes que explican la solución escogida por el juez en el caso concreto. Esperar que eso se diera en el Perú era una idea romántica⁵⁷⁵.

El contexto de la realidad del sistema de justicia nacional, descrito en el párrafo precedente, es la justificación de la “creencia negativa” de la desconfianza en los jueces del Poder Judicial. Podría evaluarse si dicha justificación es acertada o tiene falencias, pero no es el objeto de esta investigación encontrar el grado de corrección de estas creencias. Lo que importa es haberla encontrado, haberla identificado y haberla inscrito en un curso de acción explicativo acerca de la emergencia del precedente constitucional. Fue la desconfianza la que llevó al Profesor Monroy a diseñar el artículo VII del Código Procesal Constitucional otorgando la facultad al Tribunal Constitucional, de establecer la *ratio decidendi* de manera vinculante. Dicho rasgo termina por dotar a nuestro precedente constitucional de un ADN propio, que lo constituye como “pura marca Perú”; como sostiene su creador, Juan Monroy⁵⁷⁶.

Dicho rasgo definitorio de la identidad del precedente constitucional peruano es también su rasgo más peligroso. Habiendo revelado que el Profesor Monroy no se sentía a gusto con el precedente constitucional, es momento de explicar esa desazón. Contrariamente a lo que podría pensarse, no se trata de un arrepentimiento de las ideas que inspiraron el precedente, en lo absoluto. Para Juan Monroy Gálvez, el precedente es “como una sirena de 22 años, joven, lindísima, sugestiva, pero que en el fondo es la medusa; si usted se descuida estará perdido.” El precedente, sobre todo como quedó estructurado, es una fuente muy importante de poder que lo detentan algunos magistrados y que sin duda alguna, puede ser mal utilizado.

El arrepentimiento del Profesor Juan Monroy Gálvez responde a este último escenario, el del abuso del poder del precedente por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional. La proliferación de precedentes en materias “no tan pacíficas” y el hecho de que se llegara al extremo de pedir la destitución de jueces del Poder Judicial por no seguir un precedente,

⁵⁷⁵ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

⁵⁷⁶ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

desvirtuó completamente el sentido de dicha institución, de acuerdo al procesalista⁵⁷⁷. Él fue el abogado de un juez al que se le inició un procedimiento sancionatorio por destitución en la Oficina de Control de la Magistratura –OCMA. Este proceder contrasta diametralmente con las reglas y prácticas institucionales a las que se somete el precedente en el *common law*, pues como se vio en el primer apartado del segundo capítulo, ni los abogados ni los jueces tienen en cuenta si acaso existe alguna norma jurídica que habilite algún tipo de sanción a quien no siga un precedente.

Puede hablarse, sin duda alguna, de la formación de una paradoja en el caso peruano. De un lado, la desconfianza en la actuación de los jueces del Poder Judicial llevó al diseñador del precedente a elaborar una herramienta que minimizara el riesgo de que los jueces no hallaran la *ratio decidendi*. La respuesta abrió, sin embargo, otro problema: se otorgó un poder muy grande a un pequeño grupo de magistrados, quienes lo utilizaron para perpetrar sus puntos de vista a costa de la propia destitución de los jueces ordinarios. Se pasó de la desconfianza de los jueces del Poder Judicial a la desconfianza de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Para entender mejor el arrepentimiento del Profesor Juan Monroy Gálvez será necesario abordar la primera creencia compartida con Domingo García Belaúnde. En ambos casos ninguno concede un valor central a la seguridad jurídica en la configuración del precedente constitucional. Si bien la desconfianza en los jueces ordinarios explica el otorgamiento de la facultad de determinar la *ratio decidendi* a los magistrados del Tribunal Constitucional, lo que explica la escogencia de una institución que asegura la vinculatoriedad de la jurisprudencia es, al menos en el caso concreto del Grupo de Profesores que elaboró el Código Procesal Constitucional, la uniformidad de la jurisprudencia constitucional.

Si bien es perfectamente comprensible que se esgrima como crítica el que dicha distinción o contraposición entre uniformidad jurisprudencial y seguridad jurídica es engañosa, en tanto la uniformidad inevitablemente acarrea la previsibilidad, ello no es importante. La distinción es también parte de una creencia compartida entre ambos profesores; los cuales fueron (sorprendentemente) enfáticos en aclarar que dicho valor, el de la seguridad jurídica, es algo que se logra materializar como algo adjetivo, o en palabras de Domingo García Belaúnde, “que va de suyo con la idea del precedente”⁵⁷⁸, pero que no fue lo que inspiró su construcción. Aquí tejo

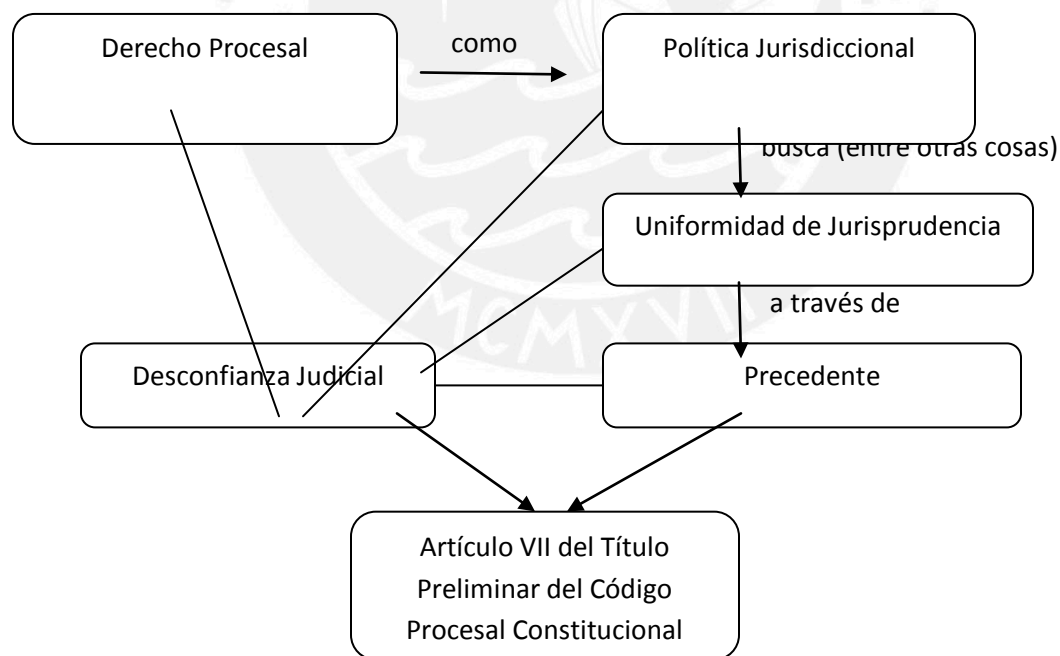
⁵⁷⁷ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

⁵⁷⁸ Entrevista al Profesor Domingo García Belaúnde, 28 de noviembre de 2013.

la hipótesis de que ese rechazo visceral a la seguridad jurídica como elemento inspirador del precedente constitucional tiene que ver con la indesligable relación que aquella ha adoptado con el discurso de los años 90, enfoque con el que ambos profesores se sienten incómodos. De otra forma no se explica el rechazo contundente, compartido y no-coordinado que ambos mostraron ante mi pregunta por el rol de la seguridad jurídica.

La uniformidad como elemento inspirador de la vinculatoriedad del precedente constitucional cumple una función especial al interior de una concepción procesal más amplia del Profesor Juan Monroy Gálvez. Su concepción procesal es una que reivindica al juez como actor de una política jurisdiccional transformativa de la sociedad. Así, inspirado por los principios en que se basa el ordenamiento jurídico y por las leyes que lo componen, el juez busca y construye su legitimidad con cada acto de política jurisdiccional que reivindica dichos principios. Bajo esta concepción, la uniformidad es un valor esencial porque le otorga coherencia y sentido a dicha política⁵⁷⁹.

Como se puede apreciar, el esquema del sistema de creencias del autor del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es el siguiente:



⁵⁷⁹ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

En el cuadro se aprecian distintas clases de relaciones, algunas son de causalidad y otras de complementariedad. La creencia en la “desconfianza judicial” no ha sido analizada desde un punto de vista causal; esto es, no se ha explorado a qué responde su existencia en el sistema de creencias personal de Juan Monroy Gálvez. Solo interesa conocer o constatar que existe y que se relaciona con todas las demás creencias. Es a través de su relación con la creencia del precedente como forma de lograr la uniformidad de la jurisprudencia, que la “desconfianza judicial” asume su rol causalístico y produce la estructura final del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Si bien es cierto que es ligero generalizar un sistema de creencias privado a la categoría de una creencia compartida al interior de una cultura jurídica, no es menos cierto que la “desconfianza judicial” ha sido demostrada como creencia compartida de los dos Profesores que organizaron el Grupo de Profesores que elaboró el Proyecto del Código Procesal Constitucional. Además, solo esta creencia explica la razón de la emergencia del precedente constitucional y la estructura final que adoptó, pregunta central de la investigación.

A quienes nos sentimos familiarizados con las prácticas del sistema de justicia peruano, o a quienes se encuentren enterados de cómo funciona o acerca de la percepción de cómo funciona, no les resultará ningún salto lógico descabellado asumir que la “creencia negativa” de la desconfianza judicial es un rasgo que comparten varios actores legales, así como el grueso de la ciudadanía. No es para nadie un secreto que el Poder Judicial goza de uno de los peores niveles de aprobación, dentro de las instituciones que conforman el sistema de justicia, entre la población peruana en las últimas décadas. La tarea de graficar la extensión y las implicancias de esa creencia negativa en la formación de otras prácticas institucionales (o informales) jurídicas, es tarea de futuras investigaciones, no de la presente.

La relación entre los discursos y las creencias no sencilla de graficar, menos en abstracto. Un discurso puede dar lugar a una pluralidad de creencias y una creencia puede ser el producto de más de un discurso. Por ejemplo, el discurso de la seguridad jurídica que se ha ido construyendo desde comienzos de la modernidad ha exhibido una serie de matices, como se ha visto al apuntar las diferencias entre los discursos de Bodino, Hobbes o Locke. Incluso el discurso de la seguridad jurídica de los 90 aplicado exclusivamente al campo de la función jurisdiccional puede dar pie a más de una creencia: puede sostener la creencia de que la única

forma de observar el precedente es el sometimiento a la literalidad del texto escrito por el juez sea el contexto que sea, o puede significar una disposición a estar sometido a dicho texto a menos que se encuentre una forma de distinguir los hechos relevantes de los casos.

De otro lado, el discurso de la corrupción de los jueces puede unirse al discurso de la uniformidad jurisprudencial y al de la igualdad ante la ley para formar la creencia según la cual, la mejor manera de asegurar estas dos últimas es a través del diseño de un precedente constitucional rígido en el que los magistrados del Tribunal Constitucional detenten el poder de dictar precedentes casi como legisladores constitucionales. También puede darse el caso de que las creencias se formen no solo a partir de discursos sino por experiencias personales que involucren otras ideas o herramientas cognitivas que se incorporarán al sistema de creencias personal.

Eso es lo que pasó en el caso del Profesor Juan Monroy Gálvez. Si bien el sistema de creencias graficado líneas arriba demuestra cómo se llevaron a cabo las decisiones que hicieron posible la emergencia del precedente constitucional, falta un elemento adicional que termine por explicar el diseño final del famoso artículo VII. De acuerdo al propio Profesor Monroy⁵⁸⁰, fue su experiencia profesional y académica con el Derecho Procesal brasileño la que le hizo adoptar como referencia conceptual para el diseño del artículo VII del Título Preliminar a las sùmulas brasileñas. Por supuesto, acá puede hablarse, sin ningún atisbo de duda, de una influencia y bajo ningún punto de vista, de una copia.

Aunque no es objeto de esta investigación realizar un estudio comparado entre el precedente constitucional peruano y la figura de las sùmulas brasileñas, sí resulta ilustrativo comparar sus características fundamentales para apreciar a través de la diferencia, el rol que cumplen esos rasgos distintivos en la función de cada institución. Las sùmulas brasileñas son de dos clases: las vinculantes y las no-vinculantes⁵⁸¹. Estas últimas tienen una larga tradición en la cultura

⁵⁸⁰ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

⁵⁸¹ En general, la clasificación acerca de los precedentes vinculantes en el Derecho brasileño se encuentra bien explicada por Patricia Mello. De acuerdo a ella puede hablarse de tres niveles: (i) los precedentes con eficacia normativa, que son decisiones que establecen un razonamiento que deberá ser seguido obligatoriamente en casos análogos, so pena de que sean reformulados o invalidados; (ii) precedentes con eficacia impositiva intermedia, que son sentencias que si bien no son obligatorias, son dotadas de efectos impositivos blandos; y, (iii) precedentes con eficacia meramente persuasiva. De los precedentes con eficacia normativa a esta investigación le resulta útil analizar solo las sùmulas, aunque debe quedar claro que al costado de estas se encuentran: a) las decisiones del

procesal brasileña y se caracterizan por cumplir un rol de “aclaración” respecto a lo resuelto de por una corte. De manera que la sùmula, que podía o no ser seguida por el mismo Tribunal que la consagraba, era la reformulación de una decisión pasada. Algo así como un “metalenguaje, pues volvió a enunciar algo que ya fue parte del lenguaje de una decisión judicial.”⁵⁸²

De acuerdo con Marinoni, esta característica abre una distancia importante entre la sùmula y el precedente, pues este último es el producto judicial de un proceso que ha atravesado por la etapa del contradictorio, mientras que la sùmula es la reflexión acerca de una sentencia⁵⁸³. Por supuesto, nadie puede negar que el objeto en última instancia es el mismo: la sentencia, pero sin embargo existe una diferencia entre establecer una fórmula que resuma lo que dice una sentencia y dejar que la sentencia hable por sí misma, a la luz de su estructura interna, sin mediadores, ni re-intérpretes. Además, esto incide en el aspecto de la legitimidad del producto final. No hay que olvidar, después de todo, que el precedente obligatorio “tiene su legitimidad condicionada a haber sido proferido en un proceso con una adecuada participación de los litigantes en el contradictorio.”⁵⁸⁴

El que las sùmulas sean una descripción resumida de una decisión pasada ocasiona una ruptura cognitiva importante en los destinatarios de dicho producto lingüístico. En un precedente, los hechos, las razones y la decisión se encuentran todos juntos y al alcance del juez que deberá analizar su “aplicabilidad” al caso concreto. En el caso de las sùmulas esto no ocurre, pues se abre una barrera, ciertamente no infranqueable pero barrera al fin y al cabo, entre la decisión original y lo que “posteriormente” se entendió acerca de esa decisión. Tanto es así que Marinoni no duda en afirmar que en Brasil no existe “ni el método, ni la cultura” para hacer ese ejercicio de analizar la sùmula a la luz del caso original: los jueces y abogados no investigación las decisiones judiciales que subyacen a las sùmulas⁵⁸⁵.

Supremo Tribunal Federal en materia de control concentrado de constitucionalidad de las normas de la Constitución Federal y b) las decisiones producidas por los Tribunales de Justicia en materia de control concentrado de normas municipales y estatales vinculadas a la Constitución Estadual. MELLO, Patricia Perrone Campos. Precedentes. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.p. 105

⁵⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Lima: Palestra editores, 2013.p. 252

⁵⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*

⁵⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.* p. 253

⁵⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*

En el caso de la sùmula vinculante sucede básicamente lo mismo. Se trata de una formulación, a cargo del Supremo Tribunal Federal, fuera de las sentencias originales, acerca del alcance de estas; con la particularidad de que esta precisión o descripción vincula a los demás jueces. Los jueces de dicho Tribunal deben observar primero diversas decisiones en un mismo sentido para extraer las reglas que revestirán de eficacia normativa; algo que no ocurre en el *common law*, donde la vinculatoriedad se desprende desde la primera sentencia. Este enunciado externo, o “enunciado-síntesis” producido a partir de la propia interpretación de la corte sobre su sentencia, como dice Patricia Mello⁵⁸⁶, no tiene por qué, necesariamente, extender los alcances de la decisión original. Sin embargo, cuando no existe consenso respecto de qué criterios sirven para identificar lo que “realmente” fue decidido en un caso, “se torna natural la necesidad de, en medio de la niebla, preferirse “elaborar” –en vez de “encontrar”- un enunciado.⁵⁸⁷”

A continuación se puede observar un ejemplo de sùmulas brasileñas recogidas por Patricia Mello:

“En lo que respecta a las sùmulas vinculantes, los tres primeros artículos con eficacia normativa han sido aprobados por el Supremo Tribunal Federal el 30 de mayo de 2007, y publicados en el *Diário de Justiça* e no *Diário Oficial da União* el 6 de junio del mismo año, estableciendo lo siguiente:

Sùmula Vinculante N°1: Viola a la garantía constitucional del acto jurídico perfecto la decisión que, sin ponderar las circunstancias del caso concreto, desconsidera la validez y la eficacia del acuerdo constante del término de adhesión, instituido por la *Lei Complementar 110/2001*.

Sùmula Vinculante N°2: Es inconstitucional la ley o el acto normativo estatal o distrital que disponga sobre sistemas de consorcios y concursos, incluidos bingos y loterías.

Sùmula Vinculante N°3: En los procesos presentados frente al *Tribunal de Contas da União* predominan el contradictorio y la amplia defensa cuando de la decisión resulta la anulación o revocación del acto administrativo que beneficia al interesado, excepto ante la revisión de legalidad del acto de concesión inicial de jubilación, reforma y pensión.⁵⁸⁸”

⁵⁸⁶ MELLO, Patricia Perrone Campos. *Op.cit.* p. 147.

⁵⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibid.*p. 254

⁵⁸⁸ MELLO, Patricia Perrone Campos. *Op.cit.* p. 169. Traducido por: Marina Borges.

Como se puede apreciar, la inspiración del Profesor Juan Monroy Gálvez en las sùmulas brasileñas fue exactamente eso, una inspiración. Más allá de que la redacción de las sùmulas sea similar a algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional que constituyen precedentes, la gran diferencia que existe entre el caso peruano y el caso brasileño es que “el extremo vinculante” no se encuentra fuera del caso concreto y no se necesita revisar una uniformidad en sentencias previas para dotar de obligatoriedad a la sentencia en cuestión.

Sin duda el primer rasgo hace posible que la distancia entre el extremo normativo y los fundamentos de la sentencia no sea tan restrictiva como en el caso de las sùmulas, donde la estructura de las reglas que recogen los lineamientos de casos pasados aparece completamente independiente. No obstante ello, ya se ha determinado que esta potestad de seleccionar el extremo normativo o la *ratio decidendi* del caso concreto es nociva para el razonamiento judicial, pues incentiva una lectura desconectada de las razones que justifican la decisión final y posibilita la determinación de reglas vinculantes que se deduzcan de los hechos del caso.

El otro rasgo, referido a la falta de necesidad de esperar a una uniformidad de criterios jurisprudenciales para establecer un precedente vinculante, marca, sin duda, una diferencia esencial entre el caso peruano y el caso brasileño. Basta que el Tribunal Constitucional decida dotar de carácter vinculante a la sentencia que resuelve para que esto sea posible, mientras que en el caso brasileño la vinculatoriedad que otorgan las sùmulas está condicionada a la exigencia de que se observe una regularidad previa. Si bien Juan Monroy Gálvez sabía de los cambios que estaba implementando al diseñar la nueva estructura del precedente constitucional peruano, no es menos cierto que su actual desazón esté vinculada con la falta de prudencia que los magistrados del Tribunal Constitucional han exhibido; lo cual a su vez está relacionado con el hecho de que, para el caso peruano, se imaginaba un uso similar al de las sùmulas: hacer vinculantes las materias y los casos que previamente gozan de uniformidad en la jurisprudencia constitucional, no imponer nuevos sentidos interpretativos de la nada⁵⁸⁹.

Ahora me gustaría pasar a la etapa final de este último apartado de la investigación. Mi propósito es colocar en contexto el valor analítico del Análisis Cultural del Derecho a la luz del sistema de creencias que he decidido sumar al enfoque del discurso foucaultiano que esbozó

⁵⁸⁹ Entrevista al Profesor Juan Monroy Gálvez, 30 de noviembre del 2013.

Paul Kahn. Para hacer ello, deseo formular una comparación con una teoría que considero ser la más potente para explicar las operaciones institucionales al interior de los sistemas jurídicos occidentales. Me refiero a la concepción del “Derecho como integridad”, de Ronald Dworkin.

Desde sus primeros trabajos, Ronald Dworkin arremetió contra el positivismo jurídico bajo la idea de que las respuestas institucionales –centralmente la de los jueces- que se producen en los ordenamientos jurídicos –en especial el estadounidense o, en todo caso, los occidentales-, no responden exclusivamente a las normas jurídicas que aparecen calificadas como reglas. Su mayor aporte fue colocar en el centro del debate de la Teoría Legal, el rol que jugaban los principios jurídicos, los cuales le otorgan sentido a todas las demás disposiciones normativas⁵⁹⁰.

A diferencia de las reglas, que pueden ser catalogadas como disposiciones jurídicas más cerradas o acotadas en sus supuestos de hecho y en sus consecuencias jurídicas, los principios son más generales y orientan a los actores jurídicos relevantes en la aplicación de las disposiciones, a efectos de llegar a la respuesta correcta de un problema jurídico. En este sentido, el segundo aporte más relevante de Dworkin fue sostener la idea de que estos principios detentan coordenadas o valores político-morales que fundamentan el sistema jurídico en el que las prácticas se inscriben. Puede que seamos conscientes, o no, de ello, pero es un hecho el que tales principios son de corte político y se encuentran en el fondo de toda decisión jurídica que se someta a cuestión⁵⁹¹.

Por supuesto, Dworkin reconoce que en la mayoría de casos, los jueces resuelven a través de la aplicación de reglas que no generan mayor duda respecto de su pertinencia. Sin embargo, eso no quiere decir que en la arquitectura normativa dichas reglas encuentren su fundamento en principios más generales que le dan sentido al ordenamiento jurídico, como práctica de una determinada comunidad. A la primera forma de razonamiento, Dworkin le llama “razonamiento de adentro hacia afuera”, y es la que suele usarse por prácticamente todos los actores jurídicos. Analizar los casos construyendo una respuesta desde los principios más abstractos hacia las reglas más específicas (“razonamiento desde afuera hacia adentro”) es una tarea que rara vez se emprende. Dworkin usa el ejemplo del juez Hércules para ilustrar su teoría. Hércules

⁵⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: editorial Ariel, 2da reimpresión 1995.

⁵⁹¹ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op.cit.

respondería a un caso de responsabilidad civil extrancontractual complejo, elaborando una teoría omnicomprendensiva acerca de la justicia, tomando en cuenta cuestiones epistemológicas que le ayuden a sortear cualquier contradicción lógica, formando una teoría capaz de valer en cualquier caso con hechos similares⁵⁹².

Las críticas al ejemplo hipotético del juez Hércules no se hicieron esperar. El argumento central esgrimido contra con el juez Hércules era su evidente irrelevancia práctica, debido a que un juez como tal solo era concebible en la imaginación de un teórico del Derecho. Aún cuando se trate de un ejemplo, el juez Hércules no puede enseñarnos mucho acerca de cómo funciona el Derecho. El error de Dworkin radicaría en haber escogido una figura tan gandilocuente que terminó tejiendo una historia de ficción. Sin embargo, la respuesta de Dworkin tampoco se hizo esperar. Dworkin justifica la utilidad pedagógica del juez Hércules a través de una analogía con la ciencia exacta. En el ejemplo se compara la actividad del juez con la actividad de un ingeniero al que le piden construir un puente. El ingeniero trabajará el puente “de adentro hacia afuera”, siguiendo ciertas convenciones de la ingeniería, al menos hasta que se tope con los primeros problemas. Puede que estos problemas lo obliguen a repensar alguna regla o principio básico de la metalurgia. Si el problema se agrava, es probable que deba repensar la física de las partículas y así sucesivamente hasta llegar a cuestionar principios muy complejos acerca de la mecánica. El punto de Dworkin es que, independientemente del hecho de que el juez o ingeniero cuestionen en el caso específico los principios sobre los que se fundamentan las reglas o modelos que aplican diariamente, esos principios están *allá afuera*⁵⁹³.

La habilidad de Dworkin reside, por otro lado, en encontrar espacios metodológicos para explicar o dar a conocer su descubrimiento más importante: el de la relevancia de los principios como receptores de moralidad política. Para ello echa mano de la figura de los casos difíciles, donde inevitablemente los principios emergen y develan su contenido moral y político. Esto sucede, por ejemplo, en el caso Elmer, en el que un juez debe decidir si una persona que ha asesinado a su abuelo puede heredar, a pesar de ir a la cárcel. De hecho, el problema se convierte en relevante debido a que en el Estado donde se encuentra ejerciendo función jurisdiccional el juez, no existe una previsión o ley que le impida heredar a pesar de haber matado a su abuelo. Es inevitable que en ese contexto, cualquier decisión orientada a negar el

⁵⁹² DWORKIN, Ronald. La justicia con toga. Madrid: *Marcial Pons*, 2007.p. 68

⁵⁹³ DWORKIN, Ronald. *Ibid*.pp.69-70

permiso de la herencia, ofrezca una respuesta que involucre algún principio valorativo. Cabe mencionar que el juez del caso señaló que no se imaginaba que los legisladores que adoptaron el estatuto de herencias hubiesen deseado que una persona “así”, herede en el caso concreto. Además, sostuvo que acceder al otorgamiento de la herencia violaría el principio de justicia según el cual nadie debe beneficiarse de sus errores⁵⁹⁴.

Para dar una buena respuesta a los problemas más difíciles que plantea la vida en sociedad, una que sea aceptable en términos de los principios que sostienen a la comunidad jurídica, Dworkin considera que es necesario adoptar un enfoque del Derecho que privilegie su integridad. Como herramienta funcional, una acertada descripción de la integridad para Dworkin es la del principio jurídico procedimental –y rector de la operatividad del sistema legal- que demanda que aquel principio que resulte necesario para fundamentar el resultado de un caso concreto, sea aceptado también en otros, a menos que se considere equivocado con evidencia en argumentos más poderosos. Esta figura alcanza tanto a la esfera legislativa como a la judicial. Como bien apunta Pablo Bonorino Ramírez, la integridad exige que los legisladores traten de hacer, a través de cada acto legislativo, un conjunto moralmente coherente, de manera que la comunidad política sea construida como una asociación de principios y no como el resultado de circunstancias fácticas⁵⁹⁵.

En el plano judicial, esta concepción del Derecho toma a las prácticas jurídicas como elementos que servirán para justificar una decisión judicial en un caso concreto⁵⁹⁶, siendo tarea del juez el “encontrar la mejor interpretación de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad a partir de algún conjunto coherente de principios que permita dar cuenta de los derechos y deberes que tienen los miembros de esa comunidad.⁵⁹⁷” De ahí que Dworkin ideara la figura de la novela en cadena para explicar la manera en la que los jueces deciden en un sistema legal que valore su integridad. De acuerdo a dicha figura, la actividad judicial no se puede concebir de manera aislada. Cada juez, al resolver un caso específico, recibe junto a él la tarea de armonizar su respuesta, y las justificaciones racionales de la misma, con el conjunto de sentencias pasadas que respeten los principios fundamentales sobre los que se edifica el sistema legal. Así, un caso concreto de despido arbitrario se puede convertir en una suerte de

⁵⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op.cit. pp. 29-31.

⁵⁹⁵ BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. *Dworkin*. Lima: Ara editores, 2010. pp. 146-147.

⁵⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Ibid.* pp. 164-165

⁵⁹⁷ BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. *Ibid.*

novela de Derecho laboral que ha sido escrita desde el momento en el que los primeros casos de esa materia fueron resueltos. La novela se escribe por múltiples autores, los cuales deberán apreciar lo “avanzado” por sus colegas novelistas, a efectos de redactar un capítulo nuevo que resulte coherente con la trama, los rasgos de los personajes y el estilo de redacción⁵⁹⁸.

La idea que viaja a través de toda la teoría dworkineana es la de resaltar el compromiso que la práctica institucional del Derecho tiene, tanto con la coherencia que se materializa en un respeto profundo por la historia de las prácticas legales de una comunidad, como con los valores políticos que fundamentan dichas prácticas institucionales⁵⁹⁹. Es por ello que aún cuando algunos autores han clasificado la propuesta de Dworkin como iusnaturalismo, estos reconocen que los valores que se encuentran por encima de las normas positivas, que son los reclamados como fundantes y dotadores de sentido por Dworkin, son valores que provienen de la tradición o de la práctica jurídica de la comunidad. De ahí que Dworkin rescate valores como la justicia, la equidad, la fraternidad o el debido proceso y cite sentencias o episodios de la historia norteamericana para justificar su validez.

Si bien algunos autores como Joseph Raz, consideran que la tajante delimitación que hace Dworkin entre principios y reglas no siempre llega a apreciarse con total claridad en la práctica jurídica cotidiana⁶⁰⁰, existe consenso en determinar que el giro que este propuso, de atender a esa “nueva” especie de norma jurídica (los principios) que condiciona y alimenta la práctica de las comunidades jurídicas, es un aporte fundamental al Derecho contemporáneo. Ya nadie podría tomar en serio una perspectiva teórica que no se ocupe de los principios jurídicos como variables determinantes al interior de un sistema jurídico⁶⁰¹.

Sostengo que si bien existen diferencias importantes respecto de los planos explicativos en los que se pronuncia la teoría de Ronald Dworkin y los que uso para determinar los alcances de mi propuesta acerca del Análisis Cultural, también existe una semejanza respecto del enfoque. La teoría jurídica de Ronald Dworkin se ubica en el plano de enfoque externo comprometido con el resultado, pues si bien se fundamenta en la observancia del Derecho como una práctica

⁵⁹⁸ Para acceder al ejemplo original de Ronald Dworkin, revisar: DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op.cit.pp. 166-168.

⁵⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Ibid.*

⁶⁰⁰ RAZ, Joseph. *Legal Principles and the limits of Law*. En: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. COHEN, M. y DUCKWORTH, ed., Londres, 1984.

⁶⁰¹ BIX, Brian. *Jurisprudence. Theory and Context*. Op.cit.p. 92

institucional que no planea controlar mediante criterios subjetivos, también es cierto que la condiciona a la protección de ciertos valores y de la maximización de cierto método interpretativo (el de integridad). Dworkin no solo describe o intenta ofrecer una mejor teoría para captar cómo funciona el Derecho, sino que brinda criterios teóricos que orientan la práctica jurídica, sobre todo aquella relacionada con la actividad judicial, hacia cierto norte: hacia el de la respuesta correcta que guarde coherencia con la justicia, la equidad, la igualdad, la fraternidad y los demás valores liberales. Su propia definición de la disciplina del Derecho lo explica claramente:

“La ciencia jurídica es un ejercicio de moralidad política sustantiva. No podemos por descontado tener éxito al proponer un análisis de la legalidad si no posee ninguna relación con la práctica jurídica: una presentación exitosa de cualquier valor debe poder ser contemplada como una descripción de ese valor tal como existe y funciona dentro de un esquema de valores que compartimos.”⁶⁰²

Respecto a este enfoque sí es posible hallar profundas diferencias, sobre todo respecto de la parte prescriptiva de la teoría dworkineana. El Análisis Cultural del Derecho desarrollado en esta investigación no se propone perseguir unos valores específicos, porque no se ubica en el plano de arribar -o ayudar a arribar- a la respuesta correcta. Sin embargo, sí se encuentra interesado en hurgar en la práctica jurídica, tanto la institucional como en la informal, para interpretar el curso de estas prácticas, la experiencia de sus actores individuales y colectivos, así como los discursos que la explican; a efectos de descubrir las creencias compartidas que construyen la cultura jurídica.

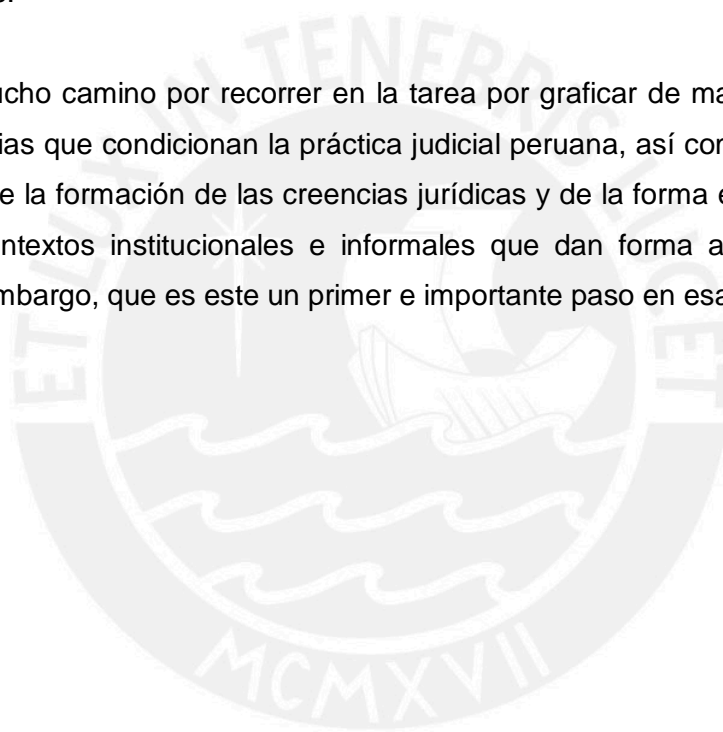
Si de pronto la teoría dworkineana dejara de lado su componente prescriptivo, ello tampoco la acercaría al Análisis Cultural del Derecho. Aún si adoptase el enfoque del análisis genealógico de los discursos que fundamentan las prácticas jurídicas y tomase como tarea fundamental, la identificación de las creencias, le faltaría despojarse de otro prejuicio determinante: el equiparar, de manera exclusiva, las creencias a “creencias en valores, principios o reglas”.

Lo que demuestra el caso de estudio de la presente investigación es que existen creencias compartidas negativas que no pueden ser expresadas en términos de valores o principios

⁶⁰² DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. *Op.cit.* p. 196

políticos que defiendan una probable respuesta correcta. Nadie puede imaginarse a un actor jurídico relevante usando la creencia negativa de la desconfianza judicial para resolver un caso, que es centralmente el terreno de preocupación de Ronald Dworkin y su filosofía del Derecho. De la misma manera en la que los casos difíciles de Dworkin fueron la plataforma experimental en la que pudimos percibir, sin la menor duda, la existencia y el importante rol que desempeñaban los principios jurídicos, pues de la misma manera esta investigación acerca de la emergencia del precedente constitucional ha permitido observar el hábitat en el que se desempeñan algunas creencias compartidas acerca de nuestra práctica jurídica. De manera específica, ha permitido evidenciar la existencia de una clase especial de creencias: las creencias negativas.

Sin duda existe mucho camino por recorrer en la tarea por graficar de manera más precisa el conjunto de creencias que condicionan la práctica judicial peruana, así como queda mucho por estudiar respecto de la formación de las creencias jurídicas y de la forma en la que interactúan en los distintos contextos institucionales e informales que dan forma a nuestra comunidad jurídica. Creo sin embargo, que es este un primer e importante paso en esa dirección.



Conclusiones

Conclusión central.-

- Contrariamente a lo que algunos sostienen como hipótesis, esta investigación ha determinado que si bien la emergencia del precedente constitucional responde a factores específicos de nuestra cultura jurídica, esta no fue consecuencia de la influencia del formalismo legal, sino de una creencia compartida negativa: la desconfianza en el juez ordinario.

Conclusiones parciales.-

- Los estudios emprendidos hasta la fecha para analizar el precedente constitucional peruano han dejado de lado la pregunta por las bases culturales que hicieron posible su emergencia. El Análisis Cultural del Derecho persigue este objetivo a través del enfoque externo no comprometido con el resultado.
- Si bien el enfoque externo no comprometido con el resultado comparte con el enfoque interno la aprehensión del sentido de las disposiciones jurídicas, se diferencia de este en su objetivo central: describir el sentido de las prácticas institucionales, así como de las extra-jurídicas que le dan sentido a la primera, sin pretender arribar a la respuesta correcta.
- Si bien la dogmática constitucional formalista y la dogmática constitucional hermeneútica difieren en las herramientas que emplean –la primera más vinculada a desentrañar problemas de consistencia lógica y semántica, mientras que la segunda incorpora elementos axiológicos constitucionales en su análisis, ambas se muestran incapaces de explicar las bases culturales de la emergencia del precedente constitucional por su compromiso con la respuesta correcta.
- Los productos institucionales del Derecho deben entenderse como rasgos de la cultura jurídica de la comunidad a la que pertenecen y por lo tanto deben ser analizados en el contexto de su uso y recepción. Esto se traduce en la tarea de desentrañar la relación

que existe entre las acciones y creencias de los individuos que integran dicha comunidad.

- El espacio en el que se despliegan las conductas que estudia el Análisis Cultural del Derecho es el del Estado de Derecho. Dicho espacio institucional expresa la tensión entre dos fuerzas que suelen contraponerse: la razón y la legitimidad. Ambas juegan un rol fundamental en el caso del precedente. Las contradicciones entre los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional revelan el compromiso con la razón, mientras que el excesivo poder que el último artículo otorga al Tribunal Constitucional compromete su legitimidad.
- El discurso, como conjunto de enunciados sometidos a sus propias reglas de formación que exceden los criterios internos de las disciplinas en las cuales se revelan, resulta una unidad conceptual útil para el análisis cultural. A través de este puede comprenderse mejor la relación de ideas que hacen posible los enunciados positivos del Derecho.
- En el caso del estudio de la emergencia del precedente constitucional, el análisis del discurso se realizó a través de la genealogía de corte foucaultiano. Para ello fue necesario analizar las condiciones de posibilidad de su emergencia, lo cual implicó revisar los discursos sobre la función jurisdiccional, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.
- Si bien la propuesta metodológica del análisis cultural que se emplea en esta investigación parte del estudio desarrollado por el profesor Paul Kahn, se ha añadido una categoría analítica fundamental que reconfigura dicho enfoque. Se trata de las creencias, que deben ser entendidas como estados mentales que ayudan a explicar la conducta de las personas. Las creencias son entendidas como razones para la acción.
- Trabajar con las creencias demanda mayor precisión contextual. Bajo este esquema conceptual no es posible atribuir la emergencia del precedente constitucional peruano a la creencia abstracta en los rasgos de la tradición del *civil law*. De hecho Colombia pertenece a la misma tradición jurídica y su precedente constitucional es distinto al

nuestro. Es necesario hurgar en los detalles, en la historia y en las relaciones de poder institucionales.

- La cultura jurídica ha sido definida en el presente trabajo como el conjunto de creencias compartidas acerca de cómo debería funcionar las instituciones y las prácticas jurídicas de una determinada comunidad. Está compuesto de dos clases de creencias: las creencias proposicionales y las creencias de valores o de esquemas.
- Dentro de las distintas concepciones de relación entre creencias, el enfoque *map-like* o de creencias desplegadas en el escenario de un mapa resulta la más provechosa. De esta manera las creencias compartidas de lo jurídico se interrelacionan entre sí y pueden cambiar de posición en el tiempo. En el centro del “mapa” se encontrarán las creencias más arraigadas y extendidas, mientras que en la periferia las más débiles y por lo tanto reemplazables.
- En el caso del Derecho se advierte un rasgo particular: el nivel de extensión de una creencia determinada no garantiza su nivel de influencia institucional. Esto puede observarse mejor en el caso de los profesionales del Derecho, dado que una creencia específica compartida entre pocos profesionales puede repercutir en cambios institucionales de grandes proporciones en un sistema legal.
- A manera de concepto mínimo y funcional, esta investigación adoptó la noción de *stare decisis* como aquella doctrina que requiere que todos los tribunales relativos a una jurisdicción inferior acepten las decisiones de las cortes superiores a modo de derecho declarado, sin intención de modificar o rechazar su contenido.
- Que el *case-law* sea algo exclusivo de la tradición del common law es una creencia compartida injustificada, elevada a la calidad de mito. No solo hay registros de que la sujeción a la jurisprudencia fue un fenómeno observado en la antigüedad, sino que hoy por hoy, la vinculación de unos jueces a la producción jurisdiccional de otros es algo ampliamente difundido.

- La diferencia radica en los grados de vinculación que existe entre los jueces inferiores y la jurisprudencia de órganos superiores o respecto de la propia jurisprudencia emitida por una corte. Por ello debe abandonarse la concepción binaria radical según la cual, o se posee *case-law* o no se posee en absoluto.
- La diferencia entre el sistema de precedentes y el principio de *stare decisis* radica en que el primero equivale al pronunciamiento judicial final sobre un problema jurídico apropiadamente presentado, mientras que el segundo se despliega sobre las decisiones, y de manera específica, respecto del punto controvertido.
- El desarrollo histórico del *case-law* en Inglaterra llevó a los operadores jurídicos a seguir los casos pasados y aplicarlos a los nuevos si los hechos son similares. El seguimiento no se hizo respecto de toda la sentencia, sino de la *ratio decidendi*, que debe ser entendida como el conjunto de razones necesarias y suficientes que explican el resultado del caso.
- La característica que dota de identidad cultural al precedente del *common law* es el sentido que se le dá a la *ratio decidendi*, como el conjunto de razones que el juez ante quien se presenta un caso pasado debe buscar reconstruir. Esta característica abre un abismo entre el precedente del *common law* y el precedente constitucional peruano, el cual posee un componente paternalista.
- Dos hechos históricos determinaron la consolidación del *stare decisis* como hoy lo conocemos, dando paso a la emergencia del sistema de precedentes. El primer hecho es el cambio hacia argumentos post-veredictos en la solución de controversias jurídicas, alrededor del S. XVII. El segundo hecho histórico corresponde a la profesionalización de los reportes legales de la corte, lo cual se consolidó gracias a la técnica de la taquigrafía Pitman, en la década de 1830.
- Lo que hace posible la vinculación obligatoria de los jueces inferiores a la jurisprudencia superior es un esquema jerarquizado de la judicatura. Esto se encuentra presente tanto en Inglaterra como en Estados Unidos. En este último caso dicha regulación se encuentra plasmada en el título 28 del United States Code.

- La vinculación horizontal (ante la propia corte que lo dicta) del precedente judicial explica un rasgo central de la práctica judicial del *common law*: el tratamiento cuidadoso y selectivo de los hechos que configuran el caso y los puntos controvertidos.
- En el caso de los Estados Unidos, el precedente judicial alude a una práctica judicial en la que decisiones pasadas son presentados, en la forma de casos completos y no solo la parte resolutive, como argumentos para convencer al juez de su seguimiento. En el caso del *stare decisis* no se presentan casos como mera evidencia del Derecho, sino como Derecho mismo.
- Existe una sutil pero importante diferencia en la forma en la que el *stare decisis* es practicado en Inglaterra y en los Estados Unidos. El concepto de “autoridad vinculante”, en el caso inglés, demuestra la actitud y por lo tanto las creencias compartidas de los operadores del Derecho frente a la judicatura. Ello se ve reflejado en el bajo número de ocasiones en los que un precedente ha sido revertido por la Cámara de los Lores.
- El hecho de que la Revista Peruana de Jurisprudencia del Perú haya funcionado en el mercado por más de cuarenta años en los cuales la jurisprudencia no resultaba vinculante, prueba que el valor que una determinada institución posee para una comunidad no tiene por qué ser uniforme y tampoco tiene por qué restringirse al valor que adquiere por el derecho positivo.
- La lucha dogmática por determinar si una institución es o no una fuente del Derecho esconden una lucha por controlar el poder institucionalizado. Por esta razón debe evitarse explicación que aludan al “antropomorfismo abstracto” de R.C. Van Caenegem; esto es, la explicación de cambios institucionales apelando a la abstracción de la cultura jurídica. Para evitar eso se recurrió en esta investigación al análisis de las creencias como razones para la acción.
- El primer antecedente normativo del precedente constitucional puede ser advertido en el artículo 9 de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus de 1982. La similitud alcanza solo a la vinculatoriedad que se establece de parte de cierta jurisprudencia constitucional, pues

no contempla el rasgo distintivo del precedente constitucional: la facultad de que sea el propio Tribunal el que determine el extremo vinculante.

- Debe destacarse el hecho de que el autor intelectual del artículo 9 de la referida ley fue el profesor Domingo García Belaúnde, quien fue parte integrante de un grupo de profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú que participó de una estancia de investigación en la Universidad de Wisconsin. Fue ahí que profundizó sus conocimientos sobre el precedente del *common law*, al punto que a su regreso al Perú incluyó jurisprudencia en sus materiales de clases de la PUCP.
- La primera modificación importante en la jurisprudencia civil ocurrió con la promulgación del Código Procesal Civil de 1992, el cual introdujo la “doctrina jurisprudencial” en su artículo 400°. Los Plenos Casatorios serían dictados con la reunión de todas las salas de la Corte Suprema, revistiendo el carácter de “vinculantes” para los demás jueces. Tras las modificaciones legislativas del 2009, su denominación cambió a “precedente judicial” y se estableció la causal de apartamiento inmotivado del precedente para interponer el recurso de casación.
- El artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la publicación trimestral de las sentencias de la Corte Suprema que fijen principios jurisprudenciales, dotándolas de carácter vinculante. Sin embargo, la fuerza vinculante se relativiza por la propia disposición normativa al contemplar dejar de lado estas sentencias si se fundamentan las razones.
- La casación y el precedente judicial difieren en su fuerza vinculante, siendo la primera una figura persuasiva. Sin embargo ambas figuras comparten una vocación por proteger y establecer el “verdadero” sentido del derecho objetivo. La estructura de la casación privilegia el objetivo de establecer pautas interpretativas a modo de reglas, las cuales pueden entenderse desvinculándolas de los hechos del caso, algo impensable en la tradición del *common law*.
- La jurisdicción constitucional peruana vio la luz hacia finales del siglo XX. La Constitución de 1979 estableció un modelo de justicia constitucional concentrada que

aunque no se destacó por una actividad porfílica, sí tuvo incidencia relevante en la protección del modelo económico-constitucional frente a los cambios legislativos de los primeros años del gobierno de Fujimori. Fue por ello que no dudó en cerrar el Tribunal de Garantías Constitucionales luego de que perpetrara el auto-golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

- Aunque la incidencia que el Tribunal Constitucional ha tenido sobre la protección de los derechos fundamentales es considerablemente mayor respecto de su antecesor, no es menos cierto que pasó por un período crítico de estabilidad institucional. De hecho luego de inaplicar la “ley de interpretación auténtica”, promulgada bajo la dirección de la bancada fujimorista, tres de sus magistrados fueron destituidos del cargo.
- Si bien luego de la caída del régimen de Alberto Fujimori los ex magistrados fueron repuestos en sus cargos y el período posterior fue el de la consolidación de una justicia constitucional independiente, no puede obviarse la historia reciente para entender la recepción del precedente constitucional peruano entre los profesionales del Derecho.
- La amplia aceptación que tuvo el precedente constitucional se explica por la grave intromisión política que sufirieron tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales como el Tribunal Constitucional. El hecho de que en dos episodios de auge de justicia constitucional, el poder político se entrometiera, explica mejor el beneplácito con el que se recibió el otorgamiento de una facultad tan poderosa como el delimitar la *ratio decidendi* de la sentencia que constituye precedente constitucional.
- Existen muchos mitos en torno a la similitud entre el precedente constitucional peruano y el precedente del *common law*. El propio Tribunal Constitucional ha expresado que el nuestro comparte el rasgo de la Corte Suprema de Estados Unidos de escoger qué sentencias constituyen precedentes vinculantes y cuáles no (figura del certiorari). Ello es falso. Todas las sentencias que expide dicha corte son vinculantes, aunque sea cierto que está facultada para elegir qué casos admite y cuáles no, lo cual sin embargo no es lo mismo.

- La diferencia estructural más importante que existe entre el precedente constitucional peruano y el precedente del *common law* –en realidad entre aquél y el resto de precedentes judiciales-, es la facultad con la que se le ha dotado al Tribunal Constitucional de establecer *ex ante*, la *ratio decidendi* que vinculará al resto de operadores judiciales.
- La materialización de la facultad de determinar el extremo normativo, por parte del Tribunal Constitucional, puede describirse a través de tres fases. En la primera fase el Tribunal se limitó a señalar si una determinada sentencia revestía el carácter de precedente vinculante. En una segunda fase indicó el extremo normativo de la sentencia, indicando qué fundamentos resultaban vinculantes. Mientras que en una tercera fase el Tribunal decidió formular reglas, en forma de disposiciones normativas, que recogen el extremo normativo.
- En el medio académico nacional la crítica contra la adjudicación de la potestad de determinar el extremo normativo es casi nula. Salvo las críticas frontales de autores como Eugenia Ariano y Fernando Velezmoro, los análisis de autores como Roger Rodríguez Santander y Pedro Grández, son de las pocas manifestaciones que esbozan una preocupación por un eventual abuso de discrecionalidad por parte del Tribunal Constitucional.
- Si bien tanto el artículo VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional poseen como objeto común la vinculatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estos difieren en que al analizar la “doctrina jurisprudencial” (artículo VI), el juez ordinario deberá averiguar el extremo normativo, mientras que en el caso del precedente constitucional este le viene ya dado.
- La evidente yuxtaposición en los objetivos y medios que abrazan los artículos VI y VII no puede explicarse por la dogmática jurídica. Solo un análisis contextual y no comprometido con el resultado revela que ello se debe a la radical ausencia de coordinación, respecto de estos artículos, al interior del Grupo de Trabajo que elaboró el Proyecto del Código Procesal Constitucional.

- Lamentablemente, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional resulta una copia del numeral 1 del artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Judicial español.
- En el caso Ramón Salazar Yarlenque el Tribunal Constitucional reconoce la similitud entre los artículos VI y VII, aunque advierte que goza de facultad normativa solo a través del último artículo.
- En el mismo caso, el Tribunal Constitucional sostiene que al expedir el extremo vinculante no debe hacerse referencia a los hechos del caso, tal y como acontece en la tradición del *common law*. Esta afirmación carece de cualquier sustento en el derecho comparado.
- Excluir la posibilidad de hacer referencia a los hechos al determinar el extremo normativo del caso concreto, termina por consolidar una institución abstracta y general, que al ser combinada con la discrecionalidad antes descrita, construye la figura de un precedente constitucional paternalista, casi perfeccionista.
- La agudización del ejercicio de la discrecionalidad judicial del Tribunal Constitucional a través del uso del precedente constitucional hunde sus raíces en el concepto de “supremo intérprete de la Constitución”, que aquella entidad se adjudicó a sí misma antes de que fuese reconocido legislativamente a través del artículo 1° de su Ley Orgánica.
- El problema de la definición de “supremo intérprete de la Constitución” es un problema simbólico con fuertes repercusiones prácticas. En lugar de entender la labor de interpretación constitucional como potestad delegada al Tribunal Constitucional, se le ha conferido el estatus ontológico de órgano de control y de supremo intérprete de la Constitución, acecando dicha institución a la figura de la infalibilidad papal.
- En el caso del precedente constitucional, la legitimidad del Tribunal Constitucional no descansa en la decisión correcta, sino que queda sujeta a los límites del caso y al proceso en el cual se inscribe. Aún cuando la respuesta sea correcta, la decisión será

ilegítima si no toma en consideración los argumentos de las partes, ni valora los hechos del caso.

- El diseño procesal que condiciona la actividad judicial es un “seguro epistémico” del producto de dicha actividad. Respetar las reglas institucionales que orientan la formación de la decisión que transforma la situación jurídica de los ciudadanos es seguir las reglas de juego que reducen los márgenes de la arbitrariedad, asegurando la legitimidad de los magistrados.
- El modelo de precedente constitucional peruano es el de un precedente-regla. Como tal, convierte en irrelevante la actividad cognitiva judicial de analizar la justificabilidad de las inferencias entre las premisas y consecuencias lógicas de la sentencia, así como analizar su correspondencia con los hechos del caso.
- El precedente constitucional debe ser percibido como un nuevo canal comunicativo institucional en la justicia constitucional. En dicho canal comunicativo el emisor es el Tribunal Constitucional y el receptor vendrían a ser los jueces que aplican el precedente.
- Aunque es un canal imperfecto, en tanto el receptor no devuelve mensajes por dicho canal institucional, no es menos cierto que con la emergencia del precedente se ha “obligado” a los jueces del Poder Judicial y los magistrados del Tribunal Constitucional a prestarse atención entre ellos.
- A través del caso Comercio Exterior y Turismo (Exp. N° 006-2006-PC/TC), el Tribunal Constitucional estableció que quedaba facultado a anular una sentencia que goza de la calidad de cosa juzgada si esta no sigue algún precedente. Tal decisión se explica como respuesta a diversas “desobediencias” de jueces civiles del Poder Judicial.
- Este último hecho demuestra que la cultura jurídica no reacciona frente a una intromisión alienígena, como sería el precedente. No lo hace a la manera de un cuerpo abstracto e unívoco, como algunos pretenden presentar a la cultura jurídica. Esto queda corroborado por al amplia aceptación de la que gozó el precedente constitucional de

parte de los profesores y profesionales del Derecho, en contraste del rechazo que tuvo de parte de algunos jueces del Poder Judicial.

- El verdadero antecedente institucional del precedente constitucional peruano es el precedente administrativo de Indecopi, del año 1996. Ello se debe a que dicha entidad dispuso en la práctica, excediendo sus facultades legislativas, que el Tribunal de Indecopi redactara el extremo vinculante en forma de una regla jurídica, tal como lo hace el Tribunal Constitucional con los precedentes.
- Este curso práctico es explicado por dos variables. La primera es el discurso de la seguridad jurídica que se construye y afianza durante los primeros años de la década de los 90, mientras que la segunda es propiamente el detonante: la creencia de que la fijación del extremo normativo dota de la predictibilidad necesaria a la resolución administrativa.
- La formación del discurso de la seguridad jurídica en su vertiente económica tuvo un despegue fundamental con el libro de Hernando de Soto, “El otro Sendero”. La vinculación entre el Derecho, la seguridad jurídica y la inversión económica se dan por primera vez ahí. A ello debe añadirse la fuerte influencia que tuvo Hernando de Soto en el viraje de Fujimori hacia el neoliberalismo.
- La terrible incertidumbre social y económica por la que atravesaba el Perú a fines de los 80 e inicios de los 90 fue el contexto que hizo propicio la emergencia de un discurso de la seguridad jurídica opuesto a sus nociones clásicas. Bajo la noción clásica esta es entendida como previsibilidad en la libertad e igualdad, mientras que en los 90 se edificó un discurso más cercano a la certeza jurídica.
- Dicho cambio semántico e institucional es mejor comprendido bajo la perspectiva foucaultiana de discurso y luchas de poder. En buena cuenta, lo que el caso peruano revela sobre la construcción de su sentido de seguridad jurídica es el rol determinante que jugó el contexto social. Entre los espacios institucionales que gestaron este cambio, los discursos presidenciales de Alberto Fujimori resultaron esenciales.

- El trabajo jurisprudencial del Indecopi y la reflexión y justificación teórica del mismo por parte de uno de sus mayores representantes, como es el caso del Profesor Alfredo Bullard, constituyen la síntesis de un fenómeno de agudización del discurso de la seguridad jurídica. Puede decirse que es en Indecopi donde el discurso de la seguridad jurídica se transforma en el discurso de la certeza jurídica hecha boca del Tribunal.
- El caso de la emergencia del precedente constitucional sirve para encontrar los límites del enfoque foucaultiano que reduce la participación del sujeto, a quien observa como un objeto sometido a la lucha de los discursos. El que el Profesor Juan Monroy Gálvez haya sido determinante para su configuración demanda una nueva aproximación contextual.
- Fue en el año 1994, en el contexto de las elecciones para el rectorado en la Universidad de Lima, donde el Profesor Monroy enseñaba el curso de Derecho Procesal Civil, que en medio de las largas horas de conversación que este pasó con el Profesor Domingo García Belaúnde, abordaron el problema del estado del derecho procesal constitucional en el Perú. El resultado fue la idea compartida de armar un grupo de profesores que elabore un proyecto legislativo al respecto.
- Es importante tener en cuenta que el contexto político de la década de los 90 fue determinante en el trabajo del grupo de profesores en dos niveles. A un primer nivel resultó determinante para la formulación del contenido de la disposición normativa que se estaba preparando, mientras que a un segundo nivel lo fue para la estrategia que se usaría a efectos de promover la promulgación del Código Procesal Constitucional.
- Respecto al primer nivel de influencia del contexto político nacional en el contenido del Código Procesal Constitucional, el Profesor Juan Monroy Gálvez recuerda que el gobierno de Fujimori ya había mostrado claramente su talante autoritario y corrupto, razón por la cual había que hacer algo para articular una mejor defensa de los derechos fundamentales a través de la tutela jurisdiccional constitucional.

- El primer dato fundamental que debe entenderse respecto de la construcción del precedente constitucional es que su autor, su único autor, fue Juan Monroy Gálvez, según su propia confesión.
- Lo mismo no sucede, sin embargo, con el artículo VI del título preliminar, el cual, como se ha visto, desarrolla el instituto de la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional, que es copia del numeral 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España. El Profesor Juan Monroy no estuvo a cargo ni de su diseño ni tuvo oportunidad de revisarlo.
- Tanto Domingo García Belaúnde como Juan Monroy Gálvez coinciden en dos puntos centrales. El primero es que la seguridad jurídica no fue el valor que los impulsó a esbozar en el Código Procesal Constitucional un diseño estructural que afianzara el seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- El segundo punto es que ambos reconocen que fue necesario otorgar la facultad a los magistrados del Tribunal de establecer el extremo normativo vinculante o la *ratio decidendi*, debido a que los jueces del Poder Judicial no se encuentran en condiciones de averiguarlo por sí mismos, debido a una serie de deficiencias.
- Al diseñar el artículo VII, Juan Monroy Gálvez tomó en cuenta la gran cantidad de casos que deben resolver los jueces de primera y de segunda instancia, por lo que si se quería que dicha figura operase con éxito, no podía hacerse de manera irreflexiva y a-contextual, había que estudiar nuestros propios límites. El mejor remedio para dichos límites fue que el Tribunal Constitucional determinara el extremo normativo.
- Puede hablarse, sin duda alguna, de la formación de una paradoja en el caso peruano. De un lado, la desconfianza en la actuación de los jueces del Poder Judicial llevó al diseñador del precedente a elaborar una herramienta que minimizara el riesgo de que los jueces no hallaran la *ratio decidendi*. La respuesta abrió, sin embargo, otro problema: se otorgó un poder muy grande a un pequeño grupo de magistrados, quienes lo utilizaron para perpetrar sus puntos de vista a costa de la propia destitución de los

jueces ordinarios. Se pasó de la desconfianza de los jueces del Poder Judicial a la desconfianza de los magistrados del Tribunal Constitucional.

- Si bien es cierto que es ligero generalizar un sistema de creencias privado a la categoría de una creencia compartida al interior de una cultura jurídica, no es menos cierto que la “desconfianza judicial” ha sido demostrada como creencia compartida de los dos Profesores que organizaron el Grupo de Profesores que elaboró el Proyecto del Código Procesal Constitucional. Además, solo esta creencia explica la razón de la emergencia del precedente constitucional y la estructura final que adoptó, pregunta central de la investigación.
- El caso de Juan Monroy Gálvez revela que las creencias se forman no solo a partir de discursos, sino por experiencias personales que involucren otras ideas o herramientas cognitivas que se incorporarán al sistema de creencias personal. Fue su experiencia profesional y académica con el Derecho Procesal brasileño la que le hizo adoptar como referencia conceptual para el diseño del artículo VII del Título Preliminar a las sùmulas brasileñas.
- El que las sùmulas sean una descripción resumida de una decisión pasada ocasiona una ruptura cognitiva importante en los destinatarios de dicho producto lingüístico. En un precedente, los hechos, las razones y la decisión se encuentran todos juntos y al alcance del juez que deberá analizar su “aplicabilidad” al caso concreto. En el caso de las sùmulas esto no ocurre, pues se abre una barrera entre la decisión original y lo que “posteriormente” se entendió acerca de esa decisión.
- La idea que viaja a través de toda la teoría dworkineana es la de resaltar el compromiso que la práctica institucional del Derecho tiene, tanto con la coherencia que se materializa en un respeto profundo por la historia de las prácticas legales de una comunidad, como con los valores políticos que fundamentan dichas prácticas institucionales.
- Una de las diferencias importantes respecto de los planos explicativos en los que se pronuncia la teoría de Ronald Dworkin y los que se han usado en esta investigación

para determinar los alcances de mi propuesta acerca del Análisis Cultural, es el hecho de que la teoría jurídica de Dworkin se ubica en el plano de enfoque externo comprometido con el resultado, pues si bien se fundamenta en la observancia del Derecho como una práctica institucional que no planea controlar mediante criterios subjetivos, condiciona a la protección de ciertos valores y de la maximización de cierto método interpretativo (el de integridad).

- El Análisis Cultural del Derecho desarrollado en esta investigación no se propone perseguir unos valores específicos, porque no se ubica en el plano de arribar -o ayudar a arribar- a la respuesta correcta. Sin embargo, sí se encuentra interesado en hurgar en la práctica jurídica, tanto la institucional como en la informal, para interpretar el curso de estas prácticas, la experiencia de sus actores individuales y colectivos, así como los discursos que la explican; a efectos de descubrir las creencias compartidas que construyen la cultura jurídica.
- Lo que demuestra el caso de estudio de la presente investigación es que existen creencias compartidas negativas que no pueden ser expresadas en términos de valores o principios políticos que defiendan una probable respuesta correcta. Nadie puede imaginarse a un actor jurídico relevante usando la creencia negativa de la desconfianza judicial para resolver un caso, que es centralmente el terreno de preocupación de Ronald Dworkin y su filosofía del Derecho.
- De la misma manera en la que los casos difíciles de Dworkin fueron la plataforma experimental en la que pudimos percibir la existencia y el importante rol que desempeñaban los principios jurídicos, de la misma manera esta investigación acerca de la emergencia del precedente constitucional ha permitido observar el hábitat en el que se desempeñan algunas creencias compartidas acerca de nuestra práctica jurídica. De manera específica, ha permitido evidenciar la existencia de una clase especial de creencias: las creencias negativas.

Anexo

| Relación de los Precedentes Constitucionales | | | | |
|----------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|---------------------------------------|
| N° | Caso | Tema | Especialidad | Fecha de Publicación en la Web del TC |
| 1 | Miguel Cornelio Sánchez Calderón (Exp. 03771-2004-HC) | Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional. Plazo razonable de la prisión preventiva. | Procesal Penal y Procesal Constitucional. | 2 de febrero del 2005 |
| 2 | Gastón Ortiz Acha (Exp. 03760-2004-PA) | Sanción de inhabilitación por infracción de la Constitución. | Constitucional y Parlamentario. | 18 de febrero del 2005 |
| 3 | Banco de la Nación (Exp. 1150-2004-PA) | Reconocimiento de la posibilidad de que Organismos del Estado demanden la tutela del derecho de defensa. | Administrativo y Procesal Constitucional. | 3 de mayo del 2005 |
| 4 | Eva Valencia Gutiérrez (Exp. 02496-2005-HC) | Detención preventiva y hábeas corpus. | Constitucional y Procesal Constitucional. | 3 de junio del 2005 |
| 5 | Julio Soberón Márquez y Gastón Ortiz Acha a favor de Alberto Fujimori Fujimori (Exp. 2791-2005-PA) | Inhabilitación política y libertad de expresión. | Constitucional. | 16 de agosto del 2005. |
| 6 | Inversiones Dreams S.A. (Exp. 2302-2003-AA) | Agotamiento de la vía previa y normas tributarias autoaplicativas. | Tributario y Procesal Constitucional. | 30 de junio del 2005 |

| | | | | |
|----|----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------------------------|
| 7 | Manuel Anicama Hernández (Exp. 1417-2005-PA) | Contenido esencial del derecho a la pensión. | Laboral | 12 de julio del 2005 |
| 8 | María Elena Cotrina Aguilar (Exp. 349-2004-PA) | Derecho a la libertad de tránsito y seguridad ciudadana. | Constitucional | 2 de setiembre del 2005 |
| 9 | César Augusto Lozano Ormeño (1966-2005-HC) | Responsabilidad del RENIEC. | Civil | 2 de setiembre del 2005 |
| 10 | Maximiliano Villanueva Valverde (Exp. 168-2005-PA) | Criterios de procedencia de las demandas de cumplimiento. | Constitucional | 3 de octubre del 2005 |
| 11 | Amado Santillán Tuesta (Exp. 2616-004-AC) | Criterios para la aplicación del Decreto Supremo N° 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N° 037-94. | Administrativo | 10 de octubre del 2005 |
| 12 | Augusto Brain Delgado (Exp. 3482-2005-HC) | Derecho a la libertad de tránsito y la seguridad ciudadana a través del enrejado de calles. | Constitucional. | 26 de octubre del 2005 |
| 13 | Pedro Lizana Puelles (Exp. 5854-2005-PA) | Amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. | Electoral y Constitucional. | 8 de noviembre del 2005 |
| 14 | Julio Benavides García (Exp. 2802-2005-PA) | Criterios de procedencia de demandas de amparo en materia municipal: autorización de locales comerciales. | Administrativo Municipal y Procesal Constitucional. | 13 de diciembre del 2005 |
| 15 | César Baylón Flores (Exp. 206- | Jurisdicción competente para conocer los procesos en materia | Laboral y Procesal | 14 de diciembre del 2005 |

| | | | | |
|----|--------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|--------------------------|
| | 2005-PA) | laboral individual privada o pública. | Constitucional. | |
| 16 | Jaime Amado Álvarez Guillén (Exp. 3361-2004-PA) | Deber de motivación de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. | Constitucional y Judicial. | 16 de diciembre del 2005 |
| 17 | Confederación General de Trabajadores del Perú (Exp. 4677-2004-PA) | Eficacia inmediata del derecho de reunión. | Constitucional y Municipal. | 25 de diciembre del 2005 |
| 18 | Royal Gaming S.A.C. (Exp. 4227-2005-PA) | Impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas. | Tributario y Procesal Constitucional. | 10 de febrero del 2006 |
| 19 | Ley de la Barrera Electoral (Exp. 00030-2005-AI) | Límite de las sentencias interpretativas. | Electoral y Procesal Constitucional. | 10 de febrero del 2006 |
| 20 | Sindicato de Trabajadores de Toquepala (Exp. 04635-2004-PA) | Procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo en materia laboral. | Laboral y Procesal Constitucional | 9 de mayo del 2006. |
| 21 | Enrique José Benavides Bernales (Exp. 1257-2005-HC) | Obligación de proceso de extradición al Estado. | Derecho Internacional. | 15 de mayo del 2006. |
| 22 | Luis Lagomarcino Ramírez (Exp. 2877-2005-PA) | Recurso de Agravio Constitucional. | Derecho Procesal Constitucional | 11 de julio del 2006 |
| 23 | Jacinto Gabriel | Determinación de la pensión | Derecho Laboral | 13 de setiembre |

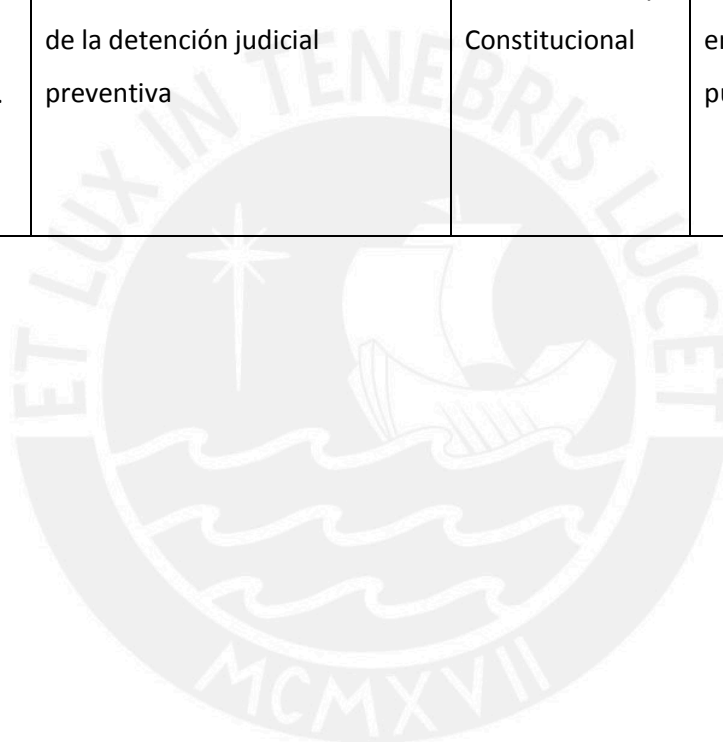
| | | | | |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|-------------------------|
| | Angulo (Exp. 5189-2005-PA) | inicial o mínima. | | del 2006. |
| 24 | Escuela Internacional de Gerencia High School of Management – Eiger (Exp. 3075-2006-PA) | Facultad de las autoridades administrativas para ordenar medidas preventivas o cautelares. | Derecho Administrativo | 20 de setiembre de 2006 |
| 25 | Prudencio Estrada Salvador (Exp. 3362-2004-PA) | Derecho de rectificación | Derechos Fundamentales / Derecho Constitucional | 28 de setiembre de 2006 |
| 26 | Ramón Salazar Yarlenque (Exp. N° 3741-2004-AA) ⁶⁰³ | Condiciones del precedente constitucional y control difuso de la administración | Procesal Constitucional y Administrativo | 10 de octubre del 2006 |
| 27 | Jacobo Romero Quispe (Exp. 1333-2006-PA) | Reingreso a la carrera judicial de Magistrados no ratificados | Constitucional y Judicial | 27 de febrero del 2007. |
| 28 | Félix Vasi Zevallos (Exp. 9381-2006-PA) | Bonos de reconocimiento -ONP | Laboral y Constitucional | 24 de abril del 2007 |
| 29 | Santiago Terrones Cubas (Exp. 7281-2006-PA) | Procedimiento de desafiliación de las AFP | Laboral y Constitucional | 4 de mayo del 2007 |
| 30 | Dirección | Amparo contra amparo – | Procesal | 22 de mayo del |

⁶⁰³ Esta sentencia fue dejada sin efectos en el extrema del precedente vinculante que instauró el control difuso por parte de los órganos colegiados de las entidades administrativas. Exp. 04293-2012-PA/TC, caso Consorcio Requena.

| | | | | |
|----|----------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|------------------------------------------------------------------------|
| | General de Pesquería de la Libertad (Exp. 4853-2004-PA) | Recurso de Agravio Constitucional. | Constitucional | 2005 (en el Diario oficial El Peruano el día 13 de setiembre del 2007) |
| 31 | Onofre Vilcarima Palomino (Exp. 6612-2005-AA) | Pensión de invalidez por enfermedad profesional | Derecho Laboral y Constitucional | 31 de diciembre del 2007 |
| 32 | Alipio Landa Herrera (Exp. 10087-2005-AA) | Pensión vitalicia, pensión de invalidez y enfermedad profesional | Derecho Laboral y Constitucional | 31 de diciembre del 2007 |
| 33 | Rímac Internacional (Exp. 0061-2008-PA) | Arbitraje voluntario y obligatorio | Arbitraje y Judicial | 8 de mayo del 2008 |
| 34 | Alfredo de la Cruz Curasma (Exp. 5430-2006-PA) | Pago de devengados e intereses | Derecho Laboral y Constitucional | 10 de octubre del 2008 |
| 35 | Alejandro Tarazona Valverde (Exp. 4762-2007-AA) | Acreditación de aportaciones | Laboral y Constitucional | 11 de octubre de 2008 |
| 36 | Ernesto Casimiro Hernández Hernández (Exp. 2513-2007-PA) | Unificación de criterios vinculantes sobre el Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo | Laboral y Constitucional | 8 de enero del 2009. |
| 37 | Cooperativa de | Amparo contra Amparo | Derecho Procesal | No figura la fecha |

| | | | | |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|-----------------------------------------|
| | Ahorro y Crédito de Suboficiales de la Policía Nacional del Perú (Exp. 4650-2007-AA) | | Constitucional | en la que se publicó |
| 38 | Transportes Vicente (Exp. 05961-2009-AA) | Importación de vehículos | Laboral, Derecho Civil y Constitucional | No figura la fecha en la que se publicó |
| 39 | Yolanda Lara Garay (Exp. 3052-2009-PA) | Cobre de beneficios no supone consentir el despido | Laboral y Constitucional | No figura la fecha en la que se publicó |
| 40 | Ministerio de Transportes y Comunicaciones en Representación del Presidente de la República (Exp. 01-2010-CC) | Importación de vehículos y repuestos usados | Comercial y Constitucional | No figura la fecha en la que se publicó |
| 41 | 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057 - Régimen Especial de Contratación Administrativa | Constitucionalidad de Régimen CAS y reconocimiento de derecho de sindicalización y de huelga | Laboral y Constitucional | No figura la fecha en la que se publicó |

| | | | | |
|----|------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|--------------------------------|-----------------------------------------|
| | de Servicios (Exp. 002-2010-PI) | | | |
| 42 | Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada (Exp. 00142-2011-PA) | Amparo contra laudos –Control difuso por parte de los árbitros | Arbitraje | No figura la fecha en la que se publicó |
| 43 | Emmer Guillermo Ruiz Dianderas (Exp. 06423-2007-PHC) | Plazo estrictamente necesario de la detención judicial preventiva | Derecho Penal y Constitucional | No figura la fecha en la que se publicó |



Bibliografía

ABAD YUPANQUI, Samuel.

2008. *El precedente en el derecho procesal constitucional peruano*. Una indispensable fuente del Derecho. En: Revista Jus Constitucional. Lima, N°1.

ALEXY, Robert.

2007. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra editores.

2001. *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Crouña. N° 5.

1998. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: Doxa N° 5.

1994. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.

ARCE, Moisés.

2010. *El fujimorismo y la reforma del mercado en la sociedad peruana*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

ARGOS CONSTITUCIONAL

1813. Edición del 21 de febrero.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2006. *Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional*. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 96. Lima: Gaceta Jurídica.

ARISTÓTELES.

2011. *Ética nicomáquea*. Madrid: Editorial Gredos.

ATIENZA, Manuel.

2007. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel. Segunda edición.

ATIYAH, P.S. y R. SUMMERS.

1987 *Form and Substance in Anglo-American Law*. Oxford: Clarendon Press.

AUSTIN, John.

1961 *Philosophical papers*. Oxford: Oxford Clarendon Press.

BAKER, J.H.

1985. *English Law and the Renaissance*. Cambridge: Cambridge Law Journal. N° 44.

BENTHAM, Jeremy.

1990 *Securities Against Misrule and Other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*. Oxford: Oxford University Press.

BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina y Jean-Francois RICHARD.

2003. *The transplant effect*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 1.

BERKOWITZ, Roger.

2005. *The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.

BERMAN, Harold

1996. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

2003. *Law and Revolution II. The impact of the Protestant Reformations on The Western Legal Tradition*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

- BIX, Brian.
2006. *Jurisprudence. Theory and Context*. Durham: Carolina Academic Press.
- BOLOÑA, Carlos.
1997 *Entrevista a Carlos Boloña*. En: Revista ius et veritas.
- BOZA, Beatriz.
2000. *The Role of Indecopi in Peru: The first seven years*. En: The role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards an Academic Audit of Indecopi. Lima: Indecopi, segunda edición.
- BULLARD, Alfredo.
2002. *Un nuevo paradigma: la jurisprudencia es la Ley, ¿es el "Common Law" más eficiente que el Sistema Romano Germánico?* En: Revista Derecho & Sociedad, N° 19.
- BURT, Jo-Marie
2009 *Violencia y autoritarismo en el Perú: bajo la sombra de sendero y la dictadura de Fujimori*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- CARDOZO, Benjamin N.
1928 *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press.
- CANGUILHEM, Georges.
1970. *¿Muerte del hombre o agotamiento del cogito?* En: VV.AA. Análisis de Michel Foucault. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo.
- CARNELUTTI, Francesco.
1940 *Metodología del Derecho*. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana.

- CERIAJUS, Grupo de Trabajo Temático sobre predictibilidad y Jurisprudencia
2004 Informe Final. Documento en línea.
- COURTIS, Christian. (editor)
2006. *Observar la ley. Ensayos sobre Metodología de la Investigación Jurídica*. Madrid: editorial Trotta.
2006. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*.
En: Courtis 2006.
- CROSS, Ruper y J.W. HARRIS
1991. *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press.
- DE SOTO, Hernando, GHERSI, Enrique y Mario GHIBELLINI.
1989. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, octava edición.
- DEGREGORI, Carlos Iván.
2012 *La década de la antipolítica. Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Segunda edición.
- DEUTSCH, Karl.
1998. *Política y gobierno*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- DEVLIN, Patrick.
1981. *The Judge*. Oxford: Oxford University Press.
- DIEZ CANSECO, Luis y Enrique, PASQUEL.
2004. *Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad. Una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial y promover las inversiones*. En: Revista Economía y Derecho de la UPC.

- DIPPEL, Horst.
2011. *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons.
- DORF, Michael.
1994. *Dicta and Article III*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 142.
- DWORKIN, Ronald.
1988 *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, segunda reimpresión de 2005.
- DUXBURY, Neil.
2008. *The Nature and Authority of English Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DYER, Edward.
2012. *Los animales frente al Derecho: el caso de sus derechos subjetivos*. En: Revista Ruptura. Quito, N° 55.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco
1989 *Desarrollo y vigencia de los derechos y garantías en diez años de régimen constitucional (1980-90)*. En: Revista Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- EISENBERG, Melvin.
1988. *The nature of the Common Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- EL COMERCIO (Diario)
1997. *Pronunciamiento en Defensa del Tribunal Constitucional*. En: Sección Síntesis, Lima, 26 de junio.

- ELSTER, Jon.
2010. *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales.* Barcelona: Gedisa editores.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy
2007. *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas y los riesgos de no respetarlo.* En: Independencia Judicial. Visión y perspectivas. Lima: Asociación de jueces para la justicia y la democracia.
- ESTLUND, David.
2011. *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas.* Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- FALCÓN y TELLA, María José.
2010. *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental.* Madrid: Marcial Pons.
- FERRAJOLI, Luigi.
2004. *Epistemología jurídica y garantismo.* México D.F.: Fontanamara.
- FERRERO COSTA, Raúl.
1995. *Equilibrio de poderes.* En: *Ius et Praxis*. N° 25
- FODOR, Jerry.
1987. *Psychosemantics.* Cambridge: MIT.
- FOUCAULT, Michel.
1979. *Las palabras y las cosas.* México D.F.: Siglo XXI editores.
1992. *El orden del discurso.* Barcelona: Tusquets editores.

1992. *Nietzsche. La genealogía, la historia. En: Genealogía del poder.* Madrid: Las ediciones de la piqueta.
2009. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.* México D.F.: Siglo XXI. Editores. Segunda edición.
2010. *La arqueología del saber.* México D.F: Siglo XXI editores. Segunda edición.
- FRIEDMAN, Lawrence
1975 *The Legal System. A social science perspective.* New York: Russell Sage Foundation.
- FUJIMORI FUJIMORI, Alberto
1990. *Discurso de Calusura del IV Congreso Nacional de la Empresa Privada.* En: La reconstrucción nacional. Lima: CONFIEP, 1990.
1991. Mensaje a la Nación del 28 de julio de 1991.
1992. Mensaje a la Nación del 5 de abril de 1992.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo.
1971 *El habeas corpus interpretado.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 1989 El constitucionalismo peruano en la presente centuria. En: Revista Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 42.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso.
2009. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos.* Madrid: editorial Trotta.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo.

2012. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel.

GARGARELLA, Roberto.

2012. *La justicia frente al gobierno*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

GARVEY, John H., FARBER, Daniel A. y Alexander T. ALEINIKOFF

2004 *Modern Constitutional Theory: a reader*. St. Paul: West Academic, 5ta edición.

GAST, Wolfgang.

2006. *Juristische Rethorik*. Berlin: C.F. Müller.

GELDART, William.

1911. *Elements of English Law*. Londres: H. Holt and Company.

GONZALES MANTILLA, Gorki.

2009. *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra editores.

GOODHART, Arthur.

1930. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. En: Yale Law Journal.

GRÁNDEZ, Pedro.

2010. *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra editores.

2007.

Las "peculiaridades" del precedente constitucional en el Perú. En: Estudios del precedente constitucional. Lima: Palestra editores. CARPIOS MARCOS, Edgar y Pedro GRÁNDEZ editores.

GRAY, John Chipman.

1909. *Nature and Sources of the Law*. The Columbia University Press.
- GONZALES DE OLARTE, Efraín.
(Documento en Línea) *Los misterios de Hernando de Soto*. Comentario al libro: El misterio del capital.
- GUASTINI, Ricardo.
1999. *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- GUERRA, Francois Javier
1997. *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. México D.F.: Editorial Mapfre.
2002. *Voces del pueblo. Redes de comunicación y orígenes de la opinión en el mundo hispánico (1808-1814)*. En: Revista de Indias N° 225, Madrid.
- GUILLÉN FERNÁNDEZ, Gabriela.
1991 *Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*. En: *Ius et Praxis*. N° 17.
- HABERMAS, Jürgen.
2010. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Madrid: editorial Trotta, sexta edición.
- HALE, Matthew.
1971. *The History of the Common Law of England*, 18 ed. Chicago: University of Chicago Press.
- HAMBURGER, Phillip.
2008. *Law and Judicial Duty*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

- HARRIES, Jill.
1999. *Law & Empire*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HART, H.L.A.
1967. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press.
- ITURRALDE SESMA, Victoria.
1995. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas. Primera edición.
- KAHN, Paul.
2001. *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*.
Barcelona: Gedisa.
- KAMEN, Henry.
1987. *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna*. Madrid: Alianza
Editorial.
- KANT, Immanuel.
1999. *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba editorial.
- KELSEN, Hans.
2011. *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*.
Madrid: Editorial Trotta.
1995. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: editorial Tecnos.
- KEMPIN, Frederick G.
1959 *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800-1850*. The American Journal
of Legal Theory, Vol. 3., N°1.
- KRAMER, Larry.

2011. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- LANDA, César.
2011 *Derecho Procesal Constitucional. Cuaderno de Trabajo N° 20*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP.
2007. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra editores, 3ra edición.
2003. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra editores.
- LANGDON, John S.
1920 *The Sumerian Law Code, compared with Hammurabi's*. Royal Asiatic Society.
- LEE, James.
2011. *The Doctrine of Precedent and the Supreme Court. En: Inner Temple Academic Fellow's Lecture*. Documento en línea: http://www.innertemple.org.uk/downloads/education/lectures/lecture_james_lee.pdf
- LEIBNIZ, Gottfried.
2006 *Allgemeiner Politischer und Historischer Briefwechsel*. Berlin: Akademie-Verlag.
- LEWIS, David.
1995 *Reduction of Mind*. En: S. Guttenplan (editor). *A companion to the philosophy of mind*. Oxford: Blackwell.
- LIENDO TAGLE, Fernando.
2012. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas*. Lima: Ara editores.

- LINARES, Sebastián.
2008. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- LOBINGIER, Sumner C.
1946. *Precedent in Past and Present Legal Systems*. Michigan Law Review, Vol. 44, N° 6.
- LOCKE, John.
2010. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Tecnos.
- LÓPEZ GUERRA, Luis.
2001. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra editores.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo.
2008. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2da edición.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura.
2001. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGrawHill.
- McCLINTOCK ,Cynthia y Fabián VALLAS.
2005. *La democracia negociada: las relaciones Perú-Estados Unidos (1980-2000)*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- MACCORMICK, Neil.
2012. *H.L.A. Hart*. Madrid: Marcial Pons.
- MANZETTI, Luigi.
1999. *Privatization South American Style*. Oxford: Oxford University Press.

MARINONI, Luiz Guilherme.

2013. *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra editores.

MENDONCA, Daniel.

2008. *Las claves del Derecho*. Barcelona: Gedisa.

MELLO PERRONE CAMPOS, Patricia

2008. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Río de Janeiro: Editora Renovar.

MERRYMAN, John Henry.

2009. *La tradición jurídica romano-canónica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. Segunda edición corregida.

MORA RESTREPO, Gabriel.

2009. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons.

MONTESQUIEU, Charles Lois de Secondat, Señor de la Brede.

2007. *El espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Editorial Alianza.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

2008. *La "autonomía procesal" y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada*. En: Revista Themis N° 55.

2007. *Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional*. En: ¿Guerra de las cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial? Lima: Palestra editores.

Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law.

Documento en Línea.

MORAL SORIANO, Leonor.

2002. El precedente judicial. Madrid: Marcial Pons.

MORALES HERVIAS, Rómulo.

2003. *Dogmática Jurídica y sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídica.* En: Revista ius et veritas N° 23.

MICIELI, Cristina.

2003 *Foucault y la fenomenología.* Buenos Aires: editorial Biblos.

MUÑOZ, Italo y María del Carmen VEGA.

2000. *El fomento de la inversión privada. En: la reforma incompleta. Rescatando los noventa.* Tomo I. ABUSADA, Du BOIS, Fritz, MORÓN, Eduardo y José VALDERRAMA editores. Lima: Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos.

MURAKAMI, Yusuke.

2007. *Perú en la era del chino. La política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

NEEDHAM, Joseph

1951 *Human Laws and Laws of Nature in China and the West.* En: Journal of The History of Ideas, Vol. 12 N° 1.

NINO, Carlos Santiago

2007 *Introducción al análisis del Derecho.* Buenos Aires: editorial Astrea. Segunda edición.

2002. Fundamentos de Derecho Constitucional. Buenos Aires: editorial Astrea.
- O'DONNELL, Guillermo.
1994. *Democracia Delegativa. Publicado Originalmente como "Delegative Democracy"*.
En: Journal of Democracy, Vol. 5, N° 1.
- PARODI TRECE, Carlos.
2013. *Perú 1960-2000. Políticas económicas y sociales en entornos cambiantes*. Lima:
Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- PERALTA RUIZ, Víctor.
2010 *La independencia y la cultura política peruana*. Lima: Instituto de Estudios
Peruanos.
- POLLOCK, Frederick y Frederic William MAITLAND
1968. *The History of English Law Before the Time of Edward I*. Cambridge: Cambridge
University Press.
- POPPER, Karl.
2008. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, segunda edición.
- POZZOLO, Sussanna.
2011. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra editores.
- QUIROZ, Alfonso W.
2013. *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos.
2013. *El Indecopi a sus veinte años. La historia de una innovación*. Lima: Instituto
Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad
Intelectual.

- RENDÓN, Silvio
2010. *APOYO con el golpe de 1992*. Documento en Línea: Blog “Gran Combo Club”, dirección: <http://grancomboclub.com/2010/09/apoyo-con-el-golpe-de-1992.html>
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.
2007. *El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos*. En: Estudios del precedente constitucional. Lima: Palestra editores. CARPIOS MARCOS, Edgar y Pedro GRÁNDEZ editores.
- ROSSI, Paolo.
1990. *Francis Bacon: de la magia a la ciencia*. Madrid: Alianza editorial.
- RUBIO CORREA, Marcial.
2006. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo editorial de la PUCP. Novena edición.
- SAGER, L.G.
2004. *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHWITZGEBEL, Eric.
2011. *Belief*. En: Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- STEIN, Peter.
2001. *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Madrid: Siglo XXI de España.
- SUMMERS, Robert S. y P.S. ATIYAH

- 1991 *Form and Substance in Anglo-American Law: A comparative study in legal reasoning, legal theory and legal institutions.* Oxford: Clarendon Paperbacks, Oxford University Press.
- SUPIOT, Alain.
2007. *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho.* Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- TANAKA, Martín.
1998. *Los espejismos de la democracia. El colapso del sistema de partidos en el Perú.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco.
1990. *Delincuentes y pecadores. En: Sexo barroco y otras transgresiones premodernas.* Madrid: Alianza editorial.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos.
1995. *Alcances de la nueva Constitución del Perú.* En: *Ius et Praxis*. N° 25.
- TUSHNET, Mark.
2013. *Constitucionalismo y judicial review.* Lima: Palestra editores.
- TWINING, William.
2009 *General Jurisprudence.* Cambridge: Cambridge University Press.
- UNANUE, Hipólito.
1813. El verdadero peruano, citado en: CDIP. Los ideólogos, 1974.
- VELEZMORO, Fernando.
2010. *El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo.* En: *Comentarios a los precedentes*

vinculantes del Tribunal Constitucional. Lima: Grijley editores. Susana Castañeda Otsu, Directora.

VON IHERING, Rudolph

1998 *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: editorial Comares, 1998

WEI, Pan.

2006. *Toward a Consultative Rule of Law Regime in China*. En: *Debating Political Reform in China. Rule of Law vs. Democratization*. New York: M.E. Sharp.

WIESE, Carolina.

2010. *Reinventando el Estado: estrategia económica y cambio institucional en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Primera edición del 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo.

2008. *El derecho dúctil*. Madrid: editorial Trotta, Octava edición.

ZANG, Baohui

2006. *Toward the Rule of Law. Why China's Path Will Be Different from the West*. En: *Debating Political Reform in China. Rule of Law vs. Democratization*. New York: M.E. Sharp.