REPOSITORIO ACADEMICO USMP

FACULTAD DE DERECHO

LAS DEFICIENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL PERÚ Y LA PROPUESTA DE VARIACIÓN POR EL PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO

PRESENTADA POR

GIANCARLO DARIO GUILLERMO URMENETA LLANOS

ASESOR

PEDRO ALFREDO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA – PERÚ
2023

CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

FACULTAD DE DERECHO

LAS DEFICIENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL PERÚ Y LA PROPUESTA DE VARIACIÓN POR EL PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

GIANCARLO DARIO GUILLERMO URMENETA LLANOS

ASESOR:

DR. PEDRO ALFREDO HERNÁNDEZ CHÁVEZ

LIMA, PERÚ

2023

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a las personas que me han dado su apoyo en los momentos más complicados de mi vida: mi madre, mi padre, Samantha Cusicanqui y mi familia.

Las personas mencionadas han sido fundamentales en mi cambio y crecimiento como ser humano, incluyendo el aspecto académico; por lo tanto, no puedo más que ofrecerles como recompensa mi mayor esfuerzo como investigador, mi tesis.

Asimismo, me es preciso dedicarle esta tesis a todas las personas que sienten que han tocado fondo y no hay manera de recuperar el tiempo perdido, deseo recordarles que no importa el momento o la circunstancia en la que despierten de ese letargo que significa el no hallarse, siempre se puede empezar y las fuerzas están dentro de uno; aun cuando vuelvan a caer, ya saben la manera de salir del fondo: sacrificio.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Dr. Pedro Hernández, quien ha sido sumamente acucioso con la evaluación de mi trabajo y ha aportado demasiado a perfeccionar mi teoría, con sus criticas concienzudas.

Por último, agradezco al Profesor Neil MacCormick, quien, mediante sus investigaciones académicas, sembró en mí la intención de dedicarme al estudio de los precedentes vinculantes.

ÍNDICE

DEDICATORIA ..... **ii**
AGRADECIMIENTOS ..... **iii**
RESUMEN ..... **vii**
ABSTRACT ..... **viii**
INTRODUCCIÓN ..... **ix**
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO **1**
1.1 ANTECEDENTES 1
1.2 BASES TEÓRICAS 4
1.2.1 El precedente inglés 4
1.2.2 El Precedente Altamente Persuasivo 9
1.2.3 El precedente norteamericano 10
1.2.4 El precedente vinculante en el Perú 14
1.3 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS 19
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA **22**
2.1 DISEÑO METODOLÓGICO 22
2.2 PROCEDIMIENTO DE MUESTREO 22
2.3 ASPECTOS ÉTICOS 23
CAPÍTULO III: HISTORIA Y CRÍTICA DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL PERÚ Y SU TRANSICIÓN FAVORABLE A UN PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO **24**
3.1 El precedente en países de tradición *civil law* 24
3.1.1. El occidente y su visión del Derecho 24
3.1.2. La influencia de España 28
3.1.3. El acercamiento a los países latinoamericanos 32
3.2 La importancia de los hechos en el caso 39
3.2.1. Los hechos como punto de partida 39
3.2.2. La necesidad de los hechos para la creación judicial 42
3.2.3. Los hechos generadores de la *ratio decidendi* 46
3.3 La distorsión del precedente vinculante constitucional en el caso peruano 49
3.3.1. La estructura del precedente vinculante en el Perú 49
3.3.2. La jurisprudencia delimitadora del Tribunal Constitucional 52
3.4 Las ventajas de la adopción del PAP 79
3.4.1. La nueva variante al precedente vinculante 79

3.4.2. Las ventajas que favorecen su postulación 79
3.4.3. Las diferencias con el Precedente Vinculante 81
3.4.4. Reflexiones sobre el PAP 82
CAPÍTULO IV: LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO EN SEDE JUDICIAL 83
4.1 La independencia judicial como concepto relacionado a la libertad ... 83
4.1.1 La libertad como manifestación de un derecho y un deber 83
4.1.2 El precedente vinculante como norma 86
4.1.3 La zona gris de la independencia judicial en la aplicación del precedente vinculante 89
4.2 La labor interpretativa del juez 92
4.2.1 El operador jurídico y la creatividad 92
4.2.2 La importancia de la interpretación 94
4.2.3 El Sistema de Altas Cortes y su influencia 95
4.2.4 La discrecionalidad responsable en procura de la seguridad jurídica 98
4.3 La vinculatoriedad del PAP 101
4.3.1 Una nueva perspectiva de persuasión 101
4.3.2 Similitudes y diferencias entre el PAP y el precedente vinculante 103
4.3.3 Otras consideraciones referentes al PAP 105
4.4 El test de aplicación del PAP 106
4.4.1 La variante más rigurosa a la amplia discrecionalidad 106
4.4.2 Test de aplicación 109
4.5 El deber de motivación cualificada del apartamiento del PAP 112
4.5.1 La exigencia de fundamentación jurídica 112
4.5.2 Razonabilidad y proporcionalidad 114
4.5.3 La defensa de los derechos fundamentales en la motivación 116
4.5.4 La necesidad de un test de aplicación para fortalecer la motivación 118
CAPÍTULO V: EL TRÁMITE DE REVISIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO EN SEDE JUDICIAL 120
5.1 La desconcentración de poder como garantía de imparcialidad 120
5.1.1 El Poder como herramienta de convencimiento 120
5.1.2 El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución 124
5.1.3 La revisión externa del PAP como alternativa 128

5.2 La utilidad de los dos sistemas de control constitucional en el Perú 129
5.2.1 La conceptualización de los sistemas judiciales..... 129
5.2.2 La convivencia de diversos actores 133
5.3 La importancia de la Corte Suprema en el ámbito Constitucional 136
5.3.1 La Corte Suprema y su implicancia histórica y organizativa 136
5.3.2 La Corte Suprema como guardián de los precedentes..... 140
5.4 La labor de control de las aplicaciones y apartamientos de los precedentes altamente persuasivos 143
5.4.1 La nueva revisión constitucional 143
5.4.2 Coherencia en el sistema normativo 144
5.4.3 Idea de cierre 146
CAPÍTULO VI: RESULTADOS 148
CAPÍTULO VII: DISCUSIÓN 167
CONCLUSIONES 179
RECOMENDACIONES 184
FUENTES DE INFORMACIÓN 185

RESUMEN

El presente estudio pretende demostrar que, actualmente, se emplea una versión del precedente que no favorece al ordenamiento jurídico peruano, pues la técnica actual del precedente vinculante no permite una motivación cualificada en los casos posteriores a su emisión. En ese orden, se plantea una variante al precedente vinculante, constituida por el Precedente Altamente Persuasivo o PAP. Asimismo, se propone un test para su aplicación en las instancias judiciales; así como, canales de revisión (distintos al Tribunal Constitucional) a las sentencias judiciales que apliquen el test mencionado.

El método empleado fue la búsqueda de información doctrinaria y jurisprudencial, a través de fuentes de información de acceso al público, como el portal web del Tribunal Constitucional, y de documentación especializada en la materia. Luego, se realizó una evaluación de las diversas sentencias del Tribunal, que establecieron precedentes vinculantes, obteniéndose como resultados, la identificación de problemas estructurales en su elaboración. Específicamente, se concluye que no existe una correcta valoración de los hechos del caso para la emisión del precedente, ni una concretización de cuál sería la relación de la *ratio decidendi* con los hechos controvertidos.

En consecuencia, se evidencia la importancia de la introducción del PAP, acompañado de un test de aplicación, que permitirá a los juzgadores aplicar o inaplicar la regla emitida por el Tribunal Constitucional, con una debida justificación cualificada.

ABSTRACT

This study aims to prove that, at the present time, it is used a version of the precedent that does not favor the Peruvian legal system, since the current technique of binding precedent does not allow a qualified motivation in cases subsequent to its issuance. In this order, it is proposed a variant to the binding precedent, constituted by the Highly Persuasive Precedent. Likewise, it is proposed a test for its application in the judicial instances; as well as, review channels (other than the Constitutional Court) to the judicial sentences that apply the aforementioned test.

The method used was the search for doctrinal and jurisprudential information, through sources of information available to the public, such as the Constitutional Court's web portal, and specialized documentation on the subject. Then, there was an evaluation of the various sentences of the Court, which established binding precedents, obtaining as results, the identification of structural problems in its elaboration. Specifically, it is concluded that there is not a correct assessment of the facts of the case for the issuance of the precedent, nor a specification of what would be the relationship of the *ratio decidendi* with the facts in dispute.

Consequently, it becomes evident the importance of the introduction of the the Highly Persuasive Precedent, accompanied by an application test, which will allow the judges to apply or not the rule issued by the Constitutional Court, with a qualified justification.

NOMBRE DEL TRABAJO

LAS DEFICIENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL PERÚ Y LA PROPUESTA DE VARIACIÓN POR EL PRECEDENTE

AUTOR

DARIO GUILLERMO GIANCARLO URMENETA LLANOS

RECUENTO DE PALABRAS

47140 Words

RECUENTO DE CARACTERES

259492 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

209 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

265.4KB

FECHA DE ENTREGA

Jan 20, 2023 9:15 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Jan 20, 2023 9:18 AM GMT-5

12% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base d

- 10% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 6% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossr

Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)

Augusto Espinoza Bonifaz - Instituto de Investigación

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años, en el Perú se ha constituido como práctica habitual, incorporar instituciones jurídicas de diversos sistemas legales, adaptando sus características a nuestro sistema mixto, sin advertir las consecuencias jurídicas que puedan acarrear las combinaciones que en el campo constitucional se realicen.

Este tipo de combinaciones resultan perjudiciales cuando no existe un verdadero conocimiento de la utilización de las instituciones jurídicas, así como de la doctrina que acompaña sus elementos. Bajo este aspecto, la crítica más recurrente, es el trasplante legal de instituciones que nacen de otros sistemas jurídicos y que revolucionan principios constitucionales y funciones estipuladas por el Constituyente, como la de legislar, que es una función exclusiva del Poder Legislativo.

Al respecto, específicamente se debe hacer referencia a la disciplina jurídica que ha revolucionado el ordenamiento jurídico legalista, la cual no se detiene en el conocimiento y aplicación de la ley, sino que va más allá, justificando, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, las decisiones que tutelen derechos fundamentales, considerando la revisión de normas internacionales o jurisprudencia comparada respecto a casos similares; hablamos sin duda alguna del Derecho Constitucional y sus vertientes doctrinarias.

El problema estructural del sistema judicial peruano, de la formación jurídica en las universidades y el desconocimiento del funcionario público que tiene relación directa o indirecta con el operador legal, es el desconocimiento de la doctrina constitucional, de su uso, de sus principios vectores e interpretativos, y de la literatura constitucional que pondera los derechos y la Constitución como un instrumento, no solamente político, sino también jurídico.

Esta carencia no permite concluir que exista un buen augurio respecto a la comprensión de la dimensión, utilización, ejecución y efectos de las instituciones jurídicas de tipo constitucional que son incorporadas al ordenamiento nacional, lo cual dificulta el correcto desenvolvimiento de las estructuras jurídicas dentro la practicidad diaria.

Ahora bien, aunado a los factores ya mencionados, corresponde profundizar en la figura jurídica que es nombrada como la institución que brinda y otorga seguridad jurídica, establece igualdad entre casos similares y delimita la pauta a la cual deben ceñirse la mayoría de jueces en la jerarquía judicial, nos referimos al precedente vinculante esbozado por el Tribunal Constitucional.

Esta figura fue adoptada con reconocimiento legal, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional del año 2004, el cual estipulaba que, además de una figura de jurisprudencia constitucional obligatoria, existiría un precedente vinculante constitucional, lo que generaría discrepancias entre la academia respecto a la diferencia entre ambas figuras o la duplicidad propia de instituciones de diversos sistemas legales.

Posteriormente, el Tribunal fue delimitando la figura del precedente a través de su jurisprudencia, detallando los pormenores de su producción dentro de un caso concreto y, en un primer momento, generando una identificación con la figura del precedente anglosajón, aunque marcando las diferencias propias de la familia jurídica en la que nos encontramos.

El inconveniente surge a raíz de que el máximo intérprete, ha ido excluyendo, paulatinamente, la importancia de los hechos dentro de la resolución de casos concretos y, en vez de convertirse en un órgano judicial que resuelve conflictos

jurídicos y emite pautas vinculantes con respecto al problema que se vislumbra, justificadas en los argumentos que resuelven la *litis*, ha terminado siendo un órgano de cierre que no necesariamente desarrolla precedentes que resuelvan el caso en cuestión y, por el contrario, tergiversan la noción de *ratio decidendi*, respecto a cuáles son los argumentos que verdaderamente constituyen la justificación del caso y, por ende, son de observancia obligatoria.

Esto deviene en un reiterado uso indebido del precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional y ha generado el debate en relación a la deficiente elaboración de la figura que, supuestamente, iba a encargarse de aquellos vicios legales o disputas académicas en torno a aspectos constitucionales.

Por último, aunado a la carencia de conocimiento de la materia constitucional dentro del mundo jurídico peruano, la inclusión de diversas figuras que se contraponen y no tiene una delimitación clara, por la propia configuración jurídica que tenemos respecto a la adecuación de diversas instituciones trasplantadas de familias jurídicas no compatibles con la nuestra, la tergiversación, por parte del propio Tribunal respecto al precedente vinculante y su elaboración deficiente, se debe agregar un factor más: la poca discrecionalidad judicial.

En una tradición jurídica donde se vocifera la cultura legalista y la aplicabilidad de la subsunción como única forma de resolución por parte de los jueces, los criterios interpretativos unificadores o trasversales, quedan relegados. Agregando otras situaciones, en un ordenamiento organizado de manera jerárquica, quien se encuentra en la base queda a disposición de las directivas del superior, lo que en efectos prácticos reduce la responsabilidad en diversos aspectos, entre ellos, en la

decisión de la justificación cuando se trata de plantear razonamientos distintos al que conciben los superiores jerárquicos.

El desconocimiento de la materia y la poca claridad que se tiene respecto al correcto uso de una figura jurídica externa, genera que el juzgador de primera instancia no realice un esfuerzo concienzudo para homologar los hechos del caso en revisión y los del precedente, para justificar una afectación mayor o menor respecto a los derechos vulnerados, para emitir juicios críticos respecto a la obligatoriedad de un precedente mal elaborado o que no se vincula de manera directa con su caso. Asimismo, no tener un procedimiento con el cual poder realizar este trabajo racional, aumenta la carencia de calidad de una sentencia judicial de instancias inferiores.

Todo este panorama alimenta drásticamente la necesidad de plantear soluciones, de cuestionar estructuras y de diseñar alternativas positivas que permitan un crecimiento progresivo del sistema jurídico peruano.

Los factores señalados anteriormente, han generado que los académicos reconozcan rápidamente cuáles son los problemas que afectan gravosamente a nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro Tribunal Constitucional ha obviado las pautas orientativas que, mediante su propia jurisprudencia, ha emitido continuamente, lo cual nos permite reconocer el problema principal que, a nuestro entendimiento, afecta el ámbito constitucional: ¿Nos es favorable la técnica de elaboración y/o aplicación del precedente vinculante constitucional para el ordenamiento jurídico peruano?

Propio de este cuestionamiento, se desprenden interrogantes derivadas que nos habilitan a señalar que no necesariamente se realiza una motivación adecuada de las sentencias constitucionales y, por tanto, se plantea como siguiente interrogante:

¿realmente existe una técnica actual del precedente vinculante que asegure una motivación cualificada en los casos posteriores o no se puede reconocer alguna?

Dos preguntas fundamentales que buscan replantear las estructuras deficientes sobre la cual se construye el precedente vinculante actual.

La finalidad del presente trabajo es elaborar respuestas que favorezcan al crecimiento de la disciplina constitucional y procesal constitucional, proponiendo nuevas alternativas que, tras ciertas modificaciones, se ajusten de mejor manera al sistema jurídico actual.

En ese sentido, como objetivo principal de esta investigación, se busca demostrar que, actualmente, se emplea una versión del precedente que no favorece al ordenamiento jurídico peruano, por los problemas estructurales en su elaboración. Por ende, se plantea como alternativa una variante al precedente vinculante, constituida por el PAP.

Por su parte, como objetivo derivado, se expone que la técnica actual de aplicación del precedente vinculante no permite una motivación cualificada en los casos posteriores, proponiéndose la realización de un test de aplicación, en instancias judiciales, para el PAP, así como canales de revisión (distintos al Tribunal Constitucional) a las sentencias judiciales que apliquen el test mencionado.

Ante la figura jurídica del precedente vinculante, se ha evidenciado poca valoración de los hechos como parte fundamental para la resolución de la *litis* y de la promulgación de un precedente vinculante, advirtiéndose la dificultad para identificar el argumento que se convertirá en *ratio decidendi* por parte del propio intérprete constitucional. Por tanto, se establecen deficiencias que permiten concluir que el precedente tiene una elaboración incorrecta en el seno del Tribunal Constitucional, a

pesar de ser este el máximo conocedor de la materia y quien delimitó la figura jurídica mediante sus sentencias.

En ese sentido, se desarrolla la figura del PAP, realizando una transformación positiva del precedente vinculante y, adoptando una carga doctrinaria específica respecto a la valoración de los hechos del caso precedente, la función original de un juzgador y el nivel de discrecionalidad y exigencia de justificación que tendrán los jueces posteriores que utilicen el precedente.

Así también, se identifica el problema de la justificación deficiente o la inadecuada argumentación, cuando se trata de derechos fundamentales y la creación, mediante una fuente distinta a la ley, de una institución que tiene efectos similares a los de una ley será altamente persuasiva para todos los jueces y los ámbitos privados y públicos. De esta manera, se plantea la utilización de un test de aplicación que tendrá niveles procedimentales de sencilla utilización, lo cual le permitirá al juzgador argumentar en uso de principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Además, se desvirtúa toda insinuación de acaparamiento en el ámbito constitucional y se elimina el círculo vicioso de la corrección ante quien emitió el mismo precedente que ahora se evalúa, puesto que, planteamos la posibilidad de que la Corte Suprema sea un actor de primera línea dentro del aseguramiento y respeto de la aplicación del PAP.

Respecto a la relevancia del estudio presentado, debemos señalar que, como todo producto académico-jurídico, la intención es que sirva para enriquecer a las nuevas generaciones que se formulen cuestionamientos sobre las figuras jurídicas que son trasplantadas de otras familias. Así también, se busca enriquecer el sistema jurídico con opciones acorde con la situación de nuestro país y la realidad en el campo

estudiantil y laboral, sabiendo que las brechas entre el alto rendimiento y la calidad en el servicio jurídico aún es grande, comparada con países desarrollados y que producen constante material de estudio a la carrera.

El estudio también busca demostrar como las deficiencias en la cultura jurídica pueden tener repercusiones negativas y agigantadas en la aplicación diaria del Derecho, lo cual no necesariamente significa que no se dará justicia a la demanda de un ciudadano(a), sino que estructuralmente se emplean erróneamente las instituciones jurídicas y se desarticula el sistema de normas y principios que el Derecho Constitucional tanto realza.

Sin embargo, es necesario mencionar que el estudio jurídico realizado ha sido limitado por la inexistencia de bases de datos pertinentes de algunas instituciones jurídicas. Específicamente, el Poder Judicial, cuyas salas y juzgados son los encargados de resolver los casos donde se utilicen precedentes vinculantes, y el Tribunal Constitucional, que es quien los emite y aplica cuando corresponda.

El abastecimiento de jurisprudencia, en el caso del Poder Judicial, no permite identificar data necesaria, como las veces que se aplicaron precedentes, por ejemplo, laborales, las veces que hubo un apartamiento del precedente u otros datos importantes que serían de gran ayuda para un análisis integral de la motivación y de la cultura jurídica en general del juez constitucional en la institución mencionada.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación se ha realizado con el método de búsqueda teórica, a través de la búsqueda de diferentes postulaciones de la doctrina y la academia en general, así como en la recopilación de sentencias emitidas por diversos órganos judiciales. Analizando así las instituciones jurídicas correspondientes, mediante la valoración de la conceptualización de diversas

sentencias de tribunales extranjeros y el análisis de la jurisprudencia nacional emitida por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, se han delimitado los resultados obtenidos a base de ese análisis con la fundamentación adecuada, realizando una discusión referida a las posiciones académicas correspondientes a las instituciones jurídicas estudiadas y los hallazgos obtenidos.

Siendo ello así, es preciso señalar que el presente trabajo se divide en siete capítulos, siendo el primer capítulo el marco teórico, donde se han postulado las definiciones académicas del precedente en su generalidad, basándose en los diversos usos aplicables a las distintas familias jurídicas. En el segundo capítulo, se establece la metodología y los aspectos relacionados a la búsqueda de la información en general.

En el tercer capítulo, se aborda cómo se elabora un precedente vinculante en el Perú y la dogmática utilizada para su fundamentación, tanto en la elaboración como en el uso; asimismo, se presenta la alternativa de un PAP, sus fundamentos y beneficios.

En el cuarto capítulo, se ha desarrollado el fundamento de la aplicación del PAP en sede judicial, el favorecimiento del mismo a la labor judicial y al sistema normativo en general, lo cual tiene una explicación punto por punto del acierto que sería su inclusión, añadiendo a la alternativa mencionada un test de aplicación que favorecerá al juez en la valoración del precedente y a los justiciables en la seguridad de una sentencia justa.

En el quinto capítulo, se presenta la alternativa de un canal distinto de revisión para el PAP, proponiendo otra Corte, distinta al Tribunal Constitucional y manifestando el motivo por el cual sería lo más óptimo para la transparencia y seguridad del Derecho. Posteriormente, en el sexto capítulo, se evalúan las unidades estudiadas, las

diferentes categorías que se han identificado junto a la descripción de las mismas y los hallazgos obtenidos.

En el sétimo capítulo, tendremos la discusión establecida respecto a distintas posturas de otros académicos referente a los hallazgos que presentamos en este trabajo, así se discute de manera concienzuda sobre los perjuicios y beneficios del actual sistema y los resultados obtenidos.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones respectivas para la adaptación y mejoramiento del sistema normativo, específicamente, en el Derecho Constitucional.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES

- Morocco (2016) “El overruling en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional peruano y su incidencia en los derechos fundamentales”: El investigador realiza un examen teniendo como punto de partida la teoría de los derechos fundamentales y la doctrina especializada en la materia, con el fin de establecer si existen afectaciones a los derechos fundamentales, resultantes de la aplicación del *overruling* en los Precedentes Vinculantes. Los resultados de esta investigación determinan que, la técnica del *overruling* realizada en los Precedentes Vinculantes, ha perjudicado al derecho fundamental a la debida motivación, teniendo como sustento de esta afirmación que: i) no hay pronunciamientos sobre el ámbito de aplicación de la eficacia temporal del precedente, ii) los presupuestos habilitantes de aplicación del precedente carecen de una debida justificación y, iii) los argumentos que justifican los nuevos criterios vinculantes establecidos solo se remiten a desdecir los criterios de los precedentes que han dejado sin efecto. Entonces, el autor recomienda una nueva estructura para la aplicación del *overruling,* y que solo se debe considerar el *decissum* y el *obiter dicta,* con la finalidad de construir precedentes vinculantes de casos y no de reglas.
- Ruíz (2019) “Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y la reformulación de la teoría clásica de las fuentes del derecho peruano”: Se analizó la relación entre la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano y la tesis positivista de Hans Kelsen. Asimismo, se realizó la comparación de los sistemas jurídicos del *common law* y *civil law*, y usando el principio *stare decisis,* se descifró la naturaleza del precedente

vinculante en ambos sistemas jurídicos. Se arriba a los resultados de que la facultad del Tribunal Constitucional para crear normas con rango de ley, *prima facie,* no se ajusta a los estándares de la teoría clásica de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano. En ese sentido, el precedente constitucional debería ser definido como una facultad discrecional del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter *erga omnes,* únicamente en la solución de casos difíciles. Se plantea una alternativa para la solución del problema, estableciendo una nueva concepción del derecho sustentada en la tesis del jurista H.L.A. Hart, afirmada, a su vez, sobre la tesis de discrecionalidad judicial, la textura abierta del derecho y la tesis de las fuentes sociales (regla de reconocimiento).

- Ramírez (2018) “Los hechos en el precedente: fundamentos para una reconstrucción racional del precedente constitucional en el Perú”: El autor analiza el significado y los alcances del precedente en la tradición jurídica del *common law*, haciendo énfasis en las posturas que resaltan la importancia de los hechos del caso. Asimismo, realiza una crítica del *modus operandi* del Tribunal Constitucional en la creación y determinación del precedente constitucional, a partir de un análisis comparativo con otros países. Por último, desarrolla fundamentos para reconstruir la racionalidad del precedente constitucional, resaltando la relevancia de los hechos del caso en concreto. Se determina como resultado que, si bien el Tribunal tiene como potestad crear precedentes vinculantes, debe ceñirse a la teoría del precedente donde la creación de estos tiene un contexto particular, garantizando así la racionalidad del precedente.

- Morales (2016) “El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el tribunal constitucional del Perú”: Se analizan de manera global los cuarenta y ocho (48) precedentes dictados por el Órgano Constitucional según criterios cronológicos, temáticos y según los criterios interpretativos constitucionales y/o legales utilizados. El resultado de la evaluación arroja que se han dictado treinta (30) precedentes entre el 2005 y 2007 (62.5%), disminuyendo en cantidad en los años 2007 a 2014, lapso en el que se emitieron catorce (14) precedentes (29%) y el actual Pleno del Tribunal, solo ha dictado cuatro (4) precedentes (8.33%)[1], llegando a la conclusión de que se han emitido Precedentes Vinculantes solo para abordar temas coyunturales, pero de poca relevancia constitucional, demostrando que la mayoría de los temas reglados son de carácter legal. Se plantea pasar de un precedente rígido a uno de tipo flexible, que se circunscriba a temas de relevancia constitucional, tomando como ejemplo los modelos de Estados Unidos y Colombia.
- Zamalloa (2019). “Análisis del precedente vinculante en la justicia constitucional peruana: propuesta para su emisión democrática”: El autor analiza si el Tribunal Constitucional debe establecer Precedentes Vinculantes con previo debate público, para hacerlos más democráticos. En ese sentido, utiliza como unidades de estudio los llamados Precedentes Vinculantes, que son formulados por el máximo órgano de control de constitucionalidad, y determina que la población accesible para realizar el análisis estará integrada por la comunidad jurídica de la ciudad de Arequipa: jueces de primera y segunda instancia, académicos, abogados litigantes, trabajadores de la Corte

[1] Debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha emitido 4 precedentes vinculantes más, posteriores, que no están siendo contabilizados en el trabajo en la Tesis mencionada, con lo cual la cifra es de 52 precedentes vinculantes emitidos hasta el momento.

de Justicia de Arequipa. En atención a ello, desarrolla que la falta de publicidad y participación de la comunidad jurídica especializada en los procesos seleccionados por el órgano de Tribunal Constitucional para la emisión y formulación de precedentes vinculantes genera falta de legitimidad democrática en la justicia constitucional. A modo de conclusión, plantea que el pleno del Tribunal Constitucional publique y convoque a debate nacional previo a la emisión de los Precedentes Vinculantes, en los procesos seleccionados con tal propósito y de esa forma lograr su legitimidad democrática gracias a la participación de la comunidad jurídica.

1.2 BASES TEÓRICAS

1.2.1 El precedente inglés

El precedente es una figura que nace en el derecho anglosajón, específicamente, en el derecho inglés, compuesta por reglas y/o principios (según la variación a lo largo del tiempo) que poseen una mecánica distinta a la utilizada en nuestra familia jurídica.

En relación a las reglas establecidas para el precedente inglés, Cross y Harris (2012) refieren lo siguiente:

> En principio podemos afirmar que en la práctica judicial inglés actual las reglas del precedente operan de la siguiente manera 1) Todos los tribunales están obligados a seguir y a aplicar los precedentes emanados de cualquiera de los tribunales que les sean superiores, y 2) todos aquellos tribunales que tengan competencia para resolver recursos de apelación (además de la Cámara de los Lores) están obligados a seguir sus propios precedentes. (pág. 27)

En esa línea, el razonamiento para la elaboración del argumento judicial que servirá al juez del caso posterior, no será la subsunción (técnica de razonamiento predominante en nuestro sistema), sino el de la analogía. El argumento de la analogía es descrito por Neil MacCormick (2017), de la siguiente manera:

> El argumento de analogía dice que, si una disposición legal es significativamente análoga a disposiciones similares de otras leyes, o de un código, o de parte del código en el que aparece, esta es una buena razón para apoyar una interpretación que siga la analogía. (…) En los contextos apropiados esto puede justificarse con vistas a asegurar la similitud de sentido con las disposiciones análogas ya sea consideradas en sí mismas o consideradas a la luz de interpretaciones judiciales previas (pág. 230).

Bajo estas características, se aprecia que la diferencia más notable con la figura del precedente vinculante utilizada en el Perú es que el juez del caso posterior es quien establece el precedente, en relación a la *ratio decidendi* que ha identificado en el caso anterior. Para sintetizar este concepto citamos a Sir George Jessel (Osborne v. Rowlett, 1880), cuando manifestó que:

> La única cosa que hace vinculante la decisión de un juez revistiéndola de autoridad frente al juez posterior, es el principio con fundamento en el cual el caso fue decidido. Pero nótese, no es suficiente que el caso haya sido decidido con base en un principio si ese principio no es correcto en sí mismo, o si no es aplicable al caso; y corresponderá precisamente al juez posterior decidir si dicho principio es o no un principio correcto, y si no lo es, establecer él mismo el principio que

> considera correcto. En ese caso la decisión anterior deja de tener autoridad vinculante y deja de servir de guía para cualquier juez posterior, incluido el segundo juez, que será quien establezca el verdadero principio y deje sin valor el precedente anterior.

Ahora bien, es preciso señalar que el precedente y su vinculatoriedad se apoya en la técnica consuetudinaria del *stare decisis*, sobre ella Cross y Harris (2012) han señalado que:

> Cuando se dice que un tribunal está obligado a seguir un determinado caso, o que está vinculado por una determinada decisión, lo que se está diciendo es que dicho tribunal está en la obligación de aplicar una particular ratio decidendi a los hechos sometidos a su consideración a menos que pueda establecer una distinción razonable entre los hechos del asunto bajo examen y los hechos del caso anterior. (…) Se trata de una obligación que consiste en seguir la práctica judicial establecida, y la eficacia de dicha obligación depende de lo que el Prof. Hart denominó como el <aspecto interno> de la regla del *stare decisis*. En efecto, se trata de una regla ampliamente reconocida y aceptada por quienes antes y ahora formaron y forman parte de la judicatura y que son quienes la usan para justificar su conducta. (pág. 125)

Si bien la regla del *stare decisis,* se evidencia con mayor claridad de manera vertical, se ha reconocido la vinculatoriedad horizontal, mucho antes de la emisión de la Declaración de Práctica emitida por la Cámara de los Lores, en el caso Beamish vs Beamish. Al respecto Lord Campbell (1861) menciona en su voto:

> No obstante lo anterior, es mi deber manifestar a sus Honorables Señorías que este precedente es tan vinculante como lo sería si hubiese sido pronunciado nemine dissentiente, y que las reglas establecidas por la Cámara de los Lores en sus sentencias, siendo ésta el tribunal de mayor jerarquía en todo el imperio, deben considerarse como Derecho hasta tanto no sean alteradas por una ley del Parlamento, aprobada por la Cámara de los Comunes, por la corona, y por esta Cámara. Si el Derecho establecido en la ratio decidendi de sus sentencias -el cual es claramente vinculante tanto para los tribunales inferiores, como para el resto de los súbditos de la Reina- no fuese considerado igualmente vinculante para sus Honorables Señorías, entonces esta Cámara se estaría arrogando a sí misma la facultad de modificar la ley de legislar por su propia autoridad.

Es pertinente señalar que existen criticas contundentes a la regla del *stare decisis,* respecto a la obligatoriedad que recae sobre los jueces para su cumplimiento, tal como lo expresa Iturralde (1995) cuando, siguiendo la línea planteada por Stone, expone lo siguiente:

> La aplicación del precedente parece llevar consigo un estancamiento del derecho y una correlativa inadecuación del mismo a la evolución de la sociedad. Como ha señalado Stone, la doctrina del stare decisis evoca una atmósfera y una disposición a atenerse a antiguas decisiones, a seguir viejas maneras, y conformarse a los precedentes existentes Sugiere una condición de quietud, un sistema de derecho cuyo contenido está más o menos establecido. Implica la estabilidad

> del sistema jurídico a lo largo del tiempo, que a pesar de los grandes cambios sociales, tecnológicos y económicos de los últimos ochocientos o novecientos años, sin embargo la sociedad se queda, en algún sentido, bajo el Gobierno del mismo sistema de Derecho. (pág. 68).

Asimismo, es relevante mencionar cómo se le conoce a la regla o principio que resuelve el caso y se encuentra elaborada a base de los hechos, la llamada *ratio decidendi,* conceptualizada por Montrose, quien ha señalado que dicha expresión puede manifestarse en un sentido dual: “a) La regla de Derecho en relación con la cual un caso tiene autoridad vinculante, y b) La regla de Derecho que efectivamente está expresada en el voto del juez, y que constituye la base de su decisión” (pág. 319).

Otro de los conceptos más relevantes respecto a la *ratio decidendi*, ha sido elaborado por el Juez Schreiner, en el caso sudafricano Pretoria City Council vs Levinson (1949), donde manifestó una de las apreciaciones más claras al respecto:

> (…) cuando se está examinando un determinado caso, de interpretarse adecuadamente las razones por el juez dadas en su sentencia, las mismas en efecto constituye la ratio decidendi, y dan origen o siguen una regla de Derecho siempre y cuando a) en la sentencia misma no parezca que son simplemente razones subsidiarias para seguir un principio o principios más importantes; b) las mismas no hayan sido simplemente un análisis de los hechos, y c) (que puede implicar a a) que las mismas hayan sido necesarias para la decisión, no en el sentido de que sin ellas no se habría podido

> llegar a la decisión siguiendo otras líneas argumentativas, sino en el sentido de que siguiendo las líneas argumentativas planteadas en la sentencia el resultado habría sido diferente por el cambio en las razones.

En este contexto, notamos que el precedente inglés, proveniente de otra familia jurídica (*common law*), mantiene notables diferencias con el precedente utilizado en el Perú, respecto a su elaboración. Sin embargo, la que resaltamos con mayor énfasis es la identificación de la *ratio decidendi,* puesto que, la primacía de los hechos para decidir cuál es la regla o principio que resuelve el caso, es la clave y el sentido del precedente, requisito fundamental que muchas veces se obvia en nuestro país.

1.2.2 El Precedente Altamente Persuasivo

El Precedente Altamente Persuasivo es una figura optativa recomendada por Neil MacCormick, que se basa en el empleo de ciertas características que, para él, configuran una mejor doctrina del precedente. Al respecto, el referido autor señala:

> (…) una doctrina de precedentes persuasivos acompañada de una teoría suficientemente estricta sobre la definición y la identificación de la ratio será posible. Además, las consideraciones de justicia, de consistencia de la decisión y del interés público de desalentar la controversia perpetua sobre cuestiones jurídicas particulares dirán mucho a favor de tal doctrina de precedente persuasivos. Tal doctrina, además, ayudaría a hacer que las razones disponibles de la argumentación jurídica sean tan determinadas como sea posible (MacCormick, 2017, pág. 266).

En base a lo descrito, sostiene que “es mejor tratar los precedentes como más o menos altamente persuasivos y no como absolutamente vinculantes” (p. 254).

El reconocimiento del PAP por parte de este autor nos facilita la adaptación de una figura jurídica en nuestro ordenamiento que, consideramos, aportará mayores beneficios que el precedente vinculante.

1.2.3 El precedente norteamericano

Si bien Estados Unidos heredó la cultura jurídica de Inglaterra, también es verdad que realizó algunas precisiones a la figura del precedente, sobre todo en la vinculatoriedad del mismo, siendo la concepción que más ha influido en los países americanos.

Respecto a los orígenes del precedente norteamericano, Allan Farnsworth (1983) ha señalado lo siguiente:

> La práctica de basarse en el precedente se origina en los comienzos del Derecho inglés y fue incorporada en los Estados Unidos como parte de la tradición del common law. Como tradición que es, no ha sido convertida en ley escrita; no se la encuentra en Constituciones, leyes, ni en los juramentos de los jueces. (pág. 74)

Ahora bien, mientras en Inglaterra la fuerza del precedente es casi inmodificable por un juez de instancias inferiores, en Estados Unidos, la apreciación del precedente guarda una fuerza mayormente persuasiva. Sobre este respecto, Lord Wright (1943) menciona:

> Parece claro que aplicar de manera general una doctrina o método rígido de precedente es inapropiado para interpretar una Constitución que debe ser aplicada a las condiciones cambiantes de la vida

> nacional y de las políticas públicas. En efecto, una formulación de palabras que podría considerarse razonable en un momento dado, podría resultar equivocada y perjudicial en otro momento. (pág. 135)

Desde el conocimiento específico del precedente en los Estados Unidos, podemos señalar características propias que la diferencian de Inglaterra y otros países del *common law*. García Belaunde (2017) identifica las siguientes:

> Algunas características que podemos observar son las siguientes: a) El seguimiento de un precedente no significa que sea obligatorio, pues es modificable si se considera erróneo o injusto. b) Se presta atención al desarrollo político y social de la nación, (…). c) Los que lo cambian son por lo general los altos tribunales: las cortes supremas de los estados o de las que hacen sus veces. (…) d) Los cambios en los precedentes se guían sobre todo por la utilidad social, en un pueblo eminentemente pragmático y en donde el Derecho se concibe como un instrumento para la convivencia pacífica. e) La existencia de un país federal, que además tiene Constitución escrita y ha tenido tan rápida expansión geográfica (sobre todo en el siglo XIX) y tanta influencia a nivel mundial, ha hecho que el precedente haya crecido mucho y haya trascendido más allá de sus fronteras. f) El único precedente realmente válido y de alcance general es el que emite la Corte Suprema federal, la cual no se considera ligada por sus precedentes anteriores, si bien trata de hacerlo. Esto obliga a los tribunales estatales (pág. 88).

En este sentido, el precedente mantiene niveles de vinculatoriedad menores que el del precedente inglés, pero sin dejar de tener una fuerza normativa predominante y significativa para los operadores jurídicos, lo cual se especifica en el mantenimiento de la regla del *stare decisis,* como una de las más importantes técnicas para mantener la vigencia de las decisiones. Al respecto, Allan Farnsworth (1983) señala:

> (…) la segunda función de una decisión judicial, que es característica del common law, es que establece un precedente de modo tal que un caso similar que aparezca en el futuro probablemente será resuelto en la misma forma. Esta doctrina recibe a menudo la denominación latina de stare decisis, que proviene de stare decisis et non quieta moveré (respetar lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos) (pág. 74).

Entonces, en la mecánica y funcionamiento del precedente en Estados Unidos, es el segundo juez quien reconoce el principio o regla establecida en la sentencia predecesora y acentúa el principio al utilizarlo, con relación a los hechos, convirtiéndolo así en precedente. Sobre lo referido, Michele Taruffo (2003) manifiesta “quien establece qué es un precedente o no es un precedente, es el juez siguiente, nunca el juez de esa decisión, es el siguiente juez el que va a decidir si ese es un precedente o no” (pág. 42). En ese sentido, volvemos a notar diferencias con el precedente establecido en Perú, aunque es necesario hacer la salvedad respecto a que pertenecemos a otra familia jurídica, por lo cual no se advierte gravedad en las diferencias, hasta el momento.

Vale señalar en este punto, como trabaja la figura de la *ratio decidendi,* que es el principio o regla identificada por el juez del caso posterior. Dicha regla es la que haya servido para resolver el caso anterior y que será utilizada en el nuevo caso, si los hechos son similares y no hay una diferencia notable que cambie el rumbo del razonamiento. En este punto, se ha expresado claramente Magaloni Kerpel (2001), cuando refiere que:

> (…) la parte específica de la opinión en la que el tribunal decide la cuestión de derecho que tiene enfrente, esto es, la regla o principio que establece el tribunal para decidir el caso. En términos prácticos el holding es la respuesta que el tribunal da a las partes respecto a la cuestión jurídica que el caso plantea. Esa regla que decide el caso se puede encontrar expresamente formulada en la opinión del tribunal, o bien se puede inferir analizando el resultado de la decisión, las situaciones fácticas y el contenido de la opinión (pág. 81).

Ahora bien, una de las más afirmadas críticas al establecimiento de la *ratio decidendi* en el Derecho Norteamericano, la ha realizado la corriente del "Realismo Norteamericano" que, -para describir la *ratio decidendi*, acogió una respuesta (descontextualizada) del Lord Asquith (1950), donde refirió que:

> La regla es bastante simple, si está usted de acuerdo con lo que el otro sostiene, entonces afirmará que es parte de la ratio, y si no está de acuerdo con él dirá que es un mero *obiter dictum*, dando a entender que el juez anterior era un idiota congénito. (pág. 359)

Respecto a lo planteado, nos permitimos considerar que relativizar la *ratio decidendi* según las preferencias del juzgador, es sumamente injusto con la progresión de una figura como el precedente, mucho más cuando se hacen

esfuerzo para inferir métodos objetivos que permitan conducirnos a un resultado indiscutible.

Otra terminología con que se reconoce a la *ratio decidendi* es el llamado *"holding".* Respecto a su definición básica, Barker (2014) ha manifestado que "únicamente aquellas partes de una opinión de la Corte que constituyen declaraciones de Derecho que sean esenciales para la sentencia de un caso ante ella misma, poseen el valor de precedente. Estas afirmaciones esenciales se conocen como "holding" (pág. 33).

En este contexto, se desenvuelve el precedente americano, advirtiéndose diferencias con el precedente inglés, pero también con el precedente establecido en el Perú. En cualquier caso, hasta el momento, podemos identificar la vital importancia de los hechos en los precedentes ingleses y americanos, y esto se vuelve fundamental, más allá de la familia jurídica que los acoge.

1.2.4 El precedente vinculante en el Perú

El Precedente Vinculante ha sido recogido en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional elaborado en el año 2004, siendo una figura trasplantada de otra familia jurídica. Actualmente, se encuentra estipulada en el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional publicado con fecha 3 de julio de 2021.

Sobre el precedente vinculante en el Perú, Landa (2010) refiere que:

> (…) el precedente estará referido a un caso concreto, que por su trascendencia servirá para establecer reglas jurídicas abstractas y generales que serán de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro. De ahí que la vinculación establecida por el precedente

> alcance no sólo a los demás poderes del Estado sino también a los particulares, pues lo que se establece en el caso que sienta precedente deberá aplicarse para casos idénticos. (págs. 216-217)

En ese sentido, Landa (2010) realiza precisiones sobre la característica de seguridad que contiene el precedente, refiriendo que: “el precedente nace como una regla destinada a otorgar predictibilidad en los fallos a fin de lograr seguridad jurídica y que ello redunde en mantener la vigencia del principio de igualdad, por cuanto dicho principio se vería vulnerado si es que existen diferentes fallos con relación a casos idénticos” (pág. 217).

En principio, podría funcionar lo mencionado por el autor, si la predictibilidad se basara solamente en el principio de la igualdad, pero es bueno recordar que esta también se basa en la certeza de que las resoluciones que aplican el precedente se encuentran debidamente motivadas.

En el modelo peruano, teóricamente se ha hecho mención a la relevancia de los hechos dentro de la configuración del Precedente Vinculante, así como de la utilización de la regla para resolver el caso en el cual el Tribunal Constitucional lo establece. Así lo señala el Tribunal en su sentencia 00024-2003-AI/TC, cuando refiere que:

> La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

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

a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El 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.

b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Sobre el precedente, podemos abordar que este se vuelve una norma y fuente de derecho para los operadores jurídicos y justiciables, diferencia que resalta de otras instituciones jurídicas como la doctrina constitucional vinculante. En este punto podemos citar a Rodríguez Santander (2007), quien expresa lo siguiente respecto al nacimiento del precedente:

(…) el precedente constitucional vinculante nace en un momento específico, crea una norma que pasa a pertenecer inmediatamente al Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno. Ello lleva a que el precedente constitucional peruano bien pueda ser incluido entre las fuentes de Derecho denominadas fuentes-acto, pues existe una

> relación directa entre el acto normativo de dictar sentencia y el surgimiento de una norma incorporada al Derecho vigente (pág. 62).

Sobre la parte de la sentencia que será vinculante para los operadores jurídicos, el Órgano Constitucional ha señalado dos partes, diferenciando su grado de importancia y vinculación. A este respecto Castillo Córdova (2008), refiere lo siguiente:

> Como ya se dijo, en una sentencia constitucional los fundamentos jurídicos son las llamadas interpretaciones por el Tribunal Constitucional, y ellas se encuentran divididas en ratio decidendi y obiter dicta. Tomando en cuenta tanto que la ratio decidendi o razón suficiente es la base y a la vez la consideración determinante del contenido y sentido del fallo en una sentencia constitucional, así como que el obiter dicta o razón subsidiaria o accidental no son imprescindibles para fundamentar el fallo, entonces se pude concluir pacíficamente que la vinculación de los poderes públicos y de los particulares al fallo de una sentencia en un proceso constitucional, se extiende necesariamente hacia las ratio decidendi o razones suficientes, antes que hacia los obiter dicta (pág. 4).

Por último, el Tribunal Constitucional ha referido en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 00012-2005-PI/TC que “el carácter vinculante de las sentencias de este Tribunal, (…) no sólo se extiende al fallo, sino a su *ratio decidendi*, es decir, a aquellas motivaciones y argumentos que le permiten concluir en la decisión final del proceso” (f. 4). Sin embargo, en un sistema de reglas se complica el uso de la discrecionalidad de los jueces de instancias

inferiores para, no solo aplicar la regla diseñada por el Tribunal, sino también, los principios o razones necesarias para la resolución del caso.

Respecto a lo que hemos analizado del precedente hasta el momento, podemos concluir que existen diferencias marcadas en la elaboración del precedente y en la nula participación (en su diseño) por parte del juez de instancias judiciales, lo que conlleva a que el Juez solo aplique el precedente sin identificación del mismo o sin mayor análisis de similitudes o diferencia de los hechos, lo que se vuelve pernicioso para los justiciables. En este punto, es interesante la crítica realizada por Grández Castro (2007), cuando resalta que:

> (…) Una primera consecuencia práctica en efecto, apunta a la posibilidad de que el modelo pueda generar un precedente autoritario sin ninguna conexión entre regla y caso; en segundo lugar, parece fácil suponer que un "modelo" tal de precedente, auspicia una judicatura poco interesada en seguir las razones reales de las decisiones del máximo Tribunal, contrayéndose a ver sólo las sumillas o sumarios de las decisiones; en tercer lugar, y quizá esto sea lo más pernicioso visto en perspectiva, el modelo que se propugna fortalece el formalismo, de modo que puede decirse que del juez "boca de la ley" se estaría pasando sin ninguna diferencia cualitativa a un juez "boca del Tribunal Constitucional" (pág. 100).

Así es como se manifiesta en la doctrina la preocupación fundada en la carente formación jurídica en el ámbito constitucional de los jueces y la rigidez adoptada por el precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano.

Es necesario resaltar que el generar reglas vinculantes, sin que se resuelvan casos particulares, y que el Tribunal utilice dichos casos como justificaciones para reglamentar diversas situaciones fácticas, colinda con la transgresión de sus atribuciones. En esta misma línea Velezmoro (2010), señala lo siguiente:

> (…) la emisión de reglas abstractas y generales, denominándolos precedentes vinculantes, constituye un ejercicio legislativo del Tribunal Constitucional carente de justificación (…) un repaso jurisprudencial mínimo y un detenido análisis de los principales pronunciamientos del Alto Tribunal no permite identificar por qué, a través de un ejercicio de interpretación del artículo VII del Título Preliminar del Código, puede concluirse que el señalamiento del extremo que tiene efecto normativo en sus sentencias comporta la emisión de reglas abstractas y generales al mismo modo de leyes. (pág. 135)

En este sentido, el legislador peruano ha desarrollado un precedente distinto al precedente inglés y norteamericano, respecto del cual el Tribunal Constitucional ha establecido pautas que preponderan los hechos y le otorgan el mayor grado de vinculatoriedad a sus decisiones, lo que deja al juez de instancias inferiores sin mucho campo de acción y termina sin aplicar el razonamiento característico del precedente: la analogía.

1.3 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

- **Precedente:** Institución jurídica originada en la familia de Derecho del *common law*, que se considera fuente de derecho para los operadores jurídicos y justiciables, consistiendo en la fuerza coercitiva de un argumento judicial que es seguido por los demás jueces.

- **Vinculante:** Grado máximo de obligatoriedad jurídica que adquiere un argumento (regla o principio) dentro de un razonamiento judicial expuesto en una sentencia.
- **Persuasivo:** Nivel intermedio de obligatoriedad jurídica que adquiere un argumento (regla o principio) dentro de un razonamiento judicial expuesto en una sentencia.
- **Common law:** Familia jurídica proveniente de países anglosajones, donde se privilegia el uso de la costumbre, el case law como fuentes de derecho, sin restarle importancia a la ley.
- **Civil law:** Familia jurídica proveniente de países que heredaron la tradición del Derecho romano y que fue estudiado por doctrinarios germánicos, donde se privilegia el uso de la ley como fuente de derecho más importante.
- **Tribunal Constitucional:** Máximo intérprete de la Constitución en el Perú, quien establece los precedentes vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano y resuelve procesos constitucionales que versan sobre la protección de derechos fundamentales o la protección de la jerarquía normativa.
- **Analogía:** Forma de razonamiento judicial que consiste en la comparación de situaciones (fácticas o jurídicas) similares a las que se analiza en ese momento.
- **Stare decisis:** Doctrina judicial que se desarrolla en los países anglosajones, donde los jueces de grados inferiores se encuentran compelidos a aplicar el principio o regla establecido en los casos anteriores cuando los hechos son similares.

- **Ratio decidendi:** Razón fundamental del desarrollo argumentativo que sirve para la resolución del caso. Puede ser un principio o una regla la que constituya esta parte de la sentencia.
- **Obiter dicta:** Razón subsidiaria que se formula en el razonamiento judicial y sirve para generar esclarecer distintos conceptos de derecho y desarrollar posturas jurídicas, siempre que se encuentren dentro del debate planteado.
- **Distinguishing:** Técnica de apartamiento que realiza el juez de instancias inferiores a los precedentes ya establecidos, utilizando una justificación argumentativa con mayor nivel de desarrollo y mencionando porque el aspecto fáctico no es similar al caso precedente.
- **Overruling:** Técnica de inaplicación del precedente y el cambio del mismo, por la modificación de la situación fáctica y las condiciones en la sociedad lo que no permite la continuidad del precedente anterior.
- **Motivación cualificada:** Nivel de la justificación judicial que no se reduce a la mera remisión, ni al desarrollo de argumentos de subsunción; sino que necesita de un desarrollo argumentativo que respete la razonabilidad y proporcionalidad, así como la racionalidad jurídica en su máxima expresión, haciendo uso del respeto a la teoría de los derechos fundamentales y en concordancia con los valores constitucionales.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1 DISEÑO METODOLÓGICO

El método empleado en el presente estudio fue la recolección de información y datos a través de fuentes de información de público acceso, es decir, los portales web de las distintas instituciones que se encuentran involucradas en la figura estudiada (los precedentes vinculantes), es decir, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, así como, los portales web de instituciones jurídicas de otros países, a efectos de recopilar sentencias judiciales extranjeras. Asimismo, se recurrió a fuentes bibliográficas que han desarrollado la materia estudiada.

El desarrollo de la presente tesis es teórico y se basa en el análisis y comparación del precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano con las características de los precedentes desarrollados en otros países, a efectos de identificar diferencias, similitudes y conclusiones que permitan establecer las ventajas de flexibilizar de manera relativa la vinculatoriedad del mismo y a la vez incentivar la calidad de la motivación de las resoluciones judiciales. En esa línea, se presentará una propuesta de modificación al precedente con base en conceptos ya esbozados por la doctrina.

2.2 PROCEDIMIENTO DE MUESTREO

El procedimiento de búsqueda será referenciar las acotaciones realizadas por la doctrina respecto a las variables que se estudian, así como identificar su uso en los ámbitos de aplicación judicial. Asimismo, se utilizará la recolección de jurisprudencia que sirva de utilidad para lograr un correcto análisis de las variables investigadas.

La selección de la bibliografía se realizó utilizando como referentes prevalentes, más no únicos, el lugar de proveniencia del doctrinario y la sentencia, la especificidad sobre el desarrollo del tema a analizar y el reconocimiento profesional.

Respecto a la jurisprudencia a utilizar, el criterio de selección fue el nivel de desarrollo de la figura jurídica y su aplicabilidad.

2.3 ASPECTOS ÉTICOS

El presente estudio cumple con las disposiciones legales del Decreto Legislativo Nro. 822 aprobado el 23 de abril de 1996, que aprobó la Ley sobre el Derecho de Autor. En esa línea, las obras consideradas para la elaboración del presente trabajo se encuentran debidamente citadas e incluidas como referencias bibliográficas, conforme a las actualizaciones de las Normas de la Asociación Americana de Psicología (APA).

Asimismo, se cumplen con todas las disposiciones establecidas por la Universidad de San Martín de Porres, en lo concerniente a las indicaciones para la elaboración de trabajos de investigación.

CAPÍTULO III: HISTORIA Y CRÍTICA DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL PERÚ Y SU TRANSICIÓN FAVORABLE A UN PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO

3.1 El precedente en países de tradición *civil law*

3.1.1. El occidente y su visión del Derecho

Los países occidentales comparten distintas costumbres y una visión de la sociedad muy parecida, que ha ido acrecentando con el pasar del tiempo, sobre todo, posterior a las guerras mundiales del siglo XX. Sin embargo, en el ámbito jurídico, siempre se han marcado diferencias entre dos familias jurídicas tradicionales, con orígenes distintos: la primera, de raíces anglosajonas, y la segunda, de raíces románicas.

Si bien lo mencionado tiene que ver con que, durante la historia, los diversos imperios que tuvieron el dominio mundial, durante mucho tiempo, fueron arraigando en diversos territorios sus costumbres y diferentes maneras de dirimir los conflictos particulares y colectivos que se suscitaban alrededor, estas diferencias no han obstaculizado a que, en el marco de la globalización, se trasplanten figuras jurídicas (que no necesariamente encajen dentro del sistema legal nacional).

El trasplante jurídico es un método de recepción estudiado en los especialistas de derecho comparado. Al respecto, Backenköhler Casajús (2019), establece lo siguiente:

> El trasplante jurídico es una metáfora del derecho comparado creada para señalar el traspaso normativo que se produce entre diferentes ordenamientos jurídicos. En un primer momento, el trasplante jurídico

> sirvió para demostrar que, desde hace tiempo, el traspaso normativo fue un mecanismo frecuentemente utilizado para crear nuevos sistemas jurídicos o para la adaptación o renovación de muchos de ellos. Pero, con el tiempo, se ha ido configurando como un concepto que, aparte de describir el traslado de una norma de un sistema jurídico a otro, trata también de explicar las posibles consecuencias que puede sufrir el ordenamiento jurídico receptor. (pág. 262)

Precisamente, el precedente vinculante forma parte de las instituciones jurídicas, que nacieron en otra familia jurídica (*common law*) y, por la necesidad de implementar elementos que favorezcan a principios básicos de cualquier estructura jurídica como son los principios de seguridad jurídica, igualdad y de supremacía constitucional, se incorporaron dentro de los países del occidente que compartían el derecho románico – germánico.

Esta incursión fue realmente innovadora, puesto que, el derecho que se aplicaba en estos países, no siempre fue de una tendencia judicial muy activista o que remueva a la ley del núcleo de fuentes de derecho pues, anteriormente, lo que se solicitaba al juzgador, era pronunciar constantemente la ley, siendo este un eco de la legislación general emitida por el Poder Legislativo.

Es así que, el juez fue el eco de la norma durante mucho tiempo del milenio pasado, lo cual asume Taruffo (2012), cuando señala lo siguiente:

> Con la Revolución Francesa y el fin de L'ancien regime se pasa al sistema moderno. El principio de igualdad, es un principio de general. Se dice que el Código Civil, el Código de Napoleón, la ley escrita,

> miran a asegurar la igualdad de todos frente a la misma ley. También la previsibilidad de las decisiones de los jueces se consideró como fin de la ley escrita, no de la jurisprudencia o de las decisiones judiciales, sino como fines de la ley, del código. Esta es la teoría de la ley que empieza con la filosofía del siglo XVIII y que luego los códigos siguen.
>
> (…)
>
> Bueno, esto es así porque el mito de la ley que no se interpreta, de la ley que es clara en su sentido, del juez que no crea derecho porque es la boca inanimada de la que hablaba Montesquieu, es un mito que resistió y siguió siendo popular hasta más o menos el final del siglo XIX en la cultura europea, y no solo en esta. (pág. 91)

Este tipo de derecho no permitía que los juzgadores emitieran desarrollos argumentativos amplios sobre la postura que consideraban más acorde dentro de una evaluación de lo sucedido, lo que quiere decir que, la técnica de aplicación por excelencia sería la subsunción de la ley dentro de un supuesto de hecho que presente lo descrito por el texto normativo o la mayor similitud del mismo.

Como menciona Alexy (2009), la subsunción de casos bajo reglas es un tema que ha sido debatido arduamente. Así lo refiere en el siguiente apartado:

> Ciertamente, la racionalidad de la subsunción de un caso bajo una regla ha sido principalmente discutida. Aquí se han logrado considerables progresos diferenciando la estructura formal de la subsunción de la argumentación sustancial utilizada en la aplicación

> de la ley. La estructura formal de la subsunción puede estar contenida en un esquema deductivo. (pág. 40)

Siendo ello así, la argumentación jurídica quedaba en un segundo plano y el Poder Legislativo ostentaba un nivel de supremacía respecto al Poder Judicial que dificultaba realmente considerar a la ciencia jurídica como una esperanza razonable de justicia y proporcionalidad, en atención a lo que realmente sucedía en la realidad. El planteamiento de las teorías evolucionistas del derecho quedaba rezagado ante la única lectura de reproducir la ley conforme a la esencia con la cual la había expresado el legislador.

Ahora bien, debemos señalar que los países sudamericanos han tenido siempre la tendencia de incorporar las instituciones jurídicas que se planteen en Europa (siempre y cuando compartan la misma familia legal). En efecto, su mayor característica, no solo a nivel legal, es la emulación de lo realizado en los países desarrollados y ubicados en el continente europeo.

Siendo Alemania, Francia, España e Italia, entre otros, los mayores referentes en los trasplantes que se realizan en el Derecho, y resaltando el gran trabajo que los organismos propios de estos países edifican dentro de su ordenamiento jurídico, como puede ser el caso del Tribunal Constitucional Español o el Tribunal Federal Alemán, debemos resaltar que por la afinidad propia del idioma que genera una agilización en el proceso de adaptación, por la similitud en las sociedades y en las costumbres, así como por la ascendencia histórica que se tiene sobre nuestros países sudamericanos, es España quien genera mayor influencia en nuestras sociedades.

3.1.2. La influencia de España

Cuando se hace alusión a la historia del continente americano, en especial al sur del continente, no se puede soslayar la participación de una nación europea que ha trascendido más allá de los demás países del globo terráqueo. Sin duda, nos referimos a España.

España ha generado una influencia importante dentro de nuestras sociedades latinoamericanas, no solamente con la recepción mayoritaria del idioma en diversos países, con la inclusión del credo religioso o las costumbres propias del país de la Corona, sino también, con la influencia en cómo sería el sistema jurídico que resolvería las *litis* dentro de tales sociedades.

En la evolución de su ordenamiento jurídico, España adoptó el precedente vinculante desde el reconocimiento constitucional, creando un organismo autónomo que se encargaría de la máxima interpretación de la Constitución, como lo fue el Tribunal Constitucional, al que se le otorgó la función de poder emitir jurisprudencia que generaría efectos verticales y horizontales respecto a la judicatura española.

Ahora bien, en este país se realizó una salvedad, y es que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, no se menciona el término precedente vinculante para referirse a esta institución, sino que la nombra como jurisprudencia constitucional vinculante, lo cual nos hace presenciar un primer distingo frente a los países anglosajones, donde el término precedente siempre se encuentra presente.

De esta manera, De Otto (1995), refiere que la jurisprudencia constitucional “se viene a equiparar a la doctrina del Tribunal Constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria, pues en cuanto exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución los tribunales habrán de interpretar éste según aquélla” (pág. 296)

Ahora bien, otra separación importante respecto a países como Estados Unidos, que practican el derecho anglosajón, es la presencia de un Tribunal Constitucional, que se encarga de revisar en definitiva instancia aspectos relacionados al ámbito constitucional, y un Poder Judicial, que se encarga de la revisión de asuntos penales, civiles y administrativos, así como de asuntos constitucionales en procesos de tutela de derechos. Este escenario nos permite reconocer la similitud que grafica la estructura organizacional del sistema judicial español y el peruano.

Asimismo, España encuentra en la institución normativa de la casación, el recurso judicial para asegurar la tutela ante la afectación a derechos fundamentales o principios constitucionales, que no guarda la técnica del precedente vinculante respecto a la singularidad del *stare decisis*, pero que sí mantiene un nivel de vinculatoriedad respecto a la unificación conceptual de diversas disputas jurídicas por interpretaciones diversas o afectaciones constitucionales. Básicamente, sucede lo mismo en el Perú.

En ese sentido, se define la casación respecto a sus fines y sus características en beneficio del ordenamiento jurídico español. De esta manera lo define Martínez Alarcón (2004):

> En la actualidad, los modelos casacionales de los sistemas jurídicos europeos más representativos (Italia, Alemania, España, e incluso, Francia) están bastante próximos y el instituto aparece primordialmente orientado a dotar de eficacia al derecho de igualdad (art. 14 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) a través de la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho. La función institucional de la casación, la que dota a la misma de un significado y relevancia jurídica propios, no es la puramente nomofiláctica, sino la unificadora de la jurisprudencia en todo el territorio nacional, máxime en un Estado constitucional como el actual donde se garantizan los principios de igualdad en la aplicación de la ley, certeza y seguridad jurídicas, pero en el que, para asegurar tales principios, no se cuenta con una técnica similar a la que proporciona el principio de stare decisis en los países anglosajones. (pág. 192)

Ahora bien, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional español, no ha adoptado las características de un precedente vinculante estadounidense, sino que ha adaptado la casación judicial a una transformación constitucional que se denomina jurisprudencia vinculante, con lo cual intenta buscar una separación dentro de la adopción de una institución legal distinta a la familia jurídica que ejecuta.

Es así que, la figura del precedente se ha utilizado de manera distinta en España, siendo difícil reconocer la razón fundamental que resuelve el caso y se expresa hacia adelante, y relevando de la importancia a los hechos. Lo señalado es referido por Ferreres y Xiol (2010) de la siguiente manera:

> La fuerza vinculante de la jurisprudencia presupone una determinada manera de leer y escribir sentencias. Los tribunales encargados de unificar criterios deben conocer de pocos asuntos, y deben redactar sus resoluciones pensando, ante todo en la regla jurisprudencial que están tratando de sentar para el futuro. Esta cultura está poco desarrollada entre nosotros. Es cierto que la implantación del Tribunal Constitucional supuso una importante transformación en este sentido, pues el Tribunal puso énfasis en la cultura de la motivación judicial, y trató de dar ejemplo con una mayor claridad expositiva en sus razonamientos, y con un tratamiento más riguroso de sus propios precedentes. Aun así existe mucho camino por recorrer en España. En general, resulta difícil extraer de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional su verdadera ratio decidendi (pág. 76)

Finalmente, corresponde anotar que el Poder Judicial Español ha reconocido la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional a través de su Ley Orgánica[2], mencionando lo siguiente:

> La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

[2] Ley Orgánica del Poder Judicial Español – 6/1985. Artículo 5.1 Publicado en el Boletín Oficial Español. Núm. 157, de fecha 02 de julio de 1985

El artículo citado refiere la vinculatoriedad a la que se encuentran sujetos los jueces del Poder Judicial, frente a la jurisprudencia vinculante emitida por el Tribunal Constitucional Español, lo que no necesariamente exige que los casos sean iguales o que los hechos mantengan un determinado nivel de similitud, sino que se sigan las interpretaciones realizadas por el máximo interprete constitucional respecto a las disputas planteadas.

Este es el escenario que refleja el precedente dentro del ordenamiento jurídico español, donde con matices, tanto en el nombre como en las partes que lo componen, genera una influencia sobre el precedente peruano, sobre todo, en su aplicación.

3.1.3. El acercamiento a los países latinoamericanos

América Latina cuenta con una sociedad convulsiva, que arrastra problemas estructurales propios de su cultura y estilo de vida, completamente diferentes al resto del mundo, si bien puede haber similitudes con países de otros continentes, la historia, el sentir de la población y la educación es irremediablemente distinta.

Sin embargo, sorpresivamente, ante las convulsivas sociedades latinoamericanas que enfrentan sus propios problemas, la solución más recurrente es adoptar resoluciones extranjeras, tanto por parte de los gobernantes y legisladores, como de los juzgadores, lo cual podría ser bueno si es que no se radicaliza en la habitualidad de ese tipo de actos, pues la implementación de medidas provenientes de distintas sociedades, con diferentes reglas de juego, sin un debido procedimiento de adaptación, puede

acarrear problemas de incoherencia sistemática complicados de desentrampar.

En el ámbito jurídico, la situación no cambia demasiado, ya que se sigue observando el movimiento evolucionista en otros países distintos a estas latitudes; aunque debe hacerse la salvedad respecto a que la institucionalidad del Derecho Constitucional variará según los países a los que nos refiramos. En este puntual caso, examinaremos a Colombia por poseer un Tribunal activista en aspectos relacionados a la creación jurisprudencial.

La compatibilidad de pareceres dentro de la institución del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano no es una característica. La disputa que se visualiza respecto al artículo 230° de la Constitución, así lo expone:

> Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.[3]

Por tanto, existe una diferenciación marcada con la legislación española respecto a este punto, o así lo interpreta una parte de la doctrina y de los operadores jurídicos, que no consideran que exista una obligación de continuar con las interpretaciones constitucionales de la Corte Constitucional de Colombia.

Es así que se postula la tesis escéptica respecto a la jurisprudencia y, por consecuencia, al precedente constitucional y su vinculatoriedad. Bernal (2007) así lo expresa cuando refiere que:

[3] Constitución Política de la República de Colombia. Artículo 230. Publicada en la Gaceta Constitucional Nro. 116 de 20 de julio de 1991.

> La tesis escéptica descree de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el Derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del Derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial. Además, esta tesis señala que en el Derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del stare decisis es propio del case law, incompatible con nuestro sistema de Derecho continental (pág. 178)

Ahora bien, a inicios del nuevo milenio se genera una corriente innovadora respecto a la preponderancia de la jurisprudencia como fuente de derecho y, por ende, a la sujeción vertical de los postulados jurídicos que se pronuncien dentro de la sentencia, lo cual se manifiesta de la siguiente manera por el mismo autor:

> La imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del Derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia (…) la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar 1) la coherencia del sistema jurídico (…), 2) su estabilidad (…), 3) el respeto del principio de igualdad (…) el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial (pág. 179)

Por tanto, se despliega una nueva tesis en la cual hay vinculatoriedad de la jurisprudencia emanada, lo cual genera el primer atisbo claro de un precedente respecto a las emisiones de sentencias por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Ahora bien, esta sujeción mantiene intacta la discrecionalidad judicial respecto a los criterios interpretativos cuando la justificación de apartamiento sea desarrollada de manera razonable y proporcional a lo sucedido en el caso en concreto.

En el referido sentido, la doctrina se ha expresado mediante López Medina (2011), en relación a la fuerza que se ha otorgado al precedente dentro de la jurisprudencia colombiana:

> El artículo 230, entonces ha sido reinterpretado en Colombia con fundamento en el principio de igualdad. Según esta nueva amalgamación claramente anunciada desde sentencias del año 1995, todos los jueces y funcionarios públicos colombianos tiene la obligación prima facie de fallar un caso nuevo de conformidad a los precedentes dictados por la Corte con anterioridad en casos análogos por sus hechos y circunstancias siempre que no ofrezcan motivos suficientes y razonables para separarse de dichas decisiones precedentes. Esta doctrina establece una 'fuerza relativa del precedente' porque establece un deber en cabeza de los jueces de seguir los precedentes, pero les reconoce una ventana de escape para que controviertan [abiertamente], y no por inadvertencia o ignorancia, las líneas jurisprudenciales trazadas por los tribunales de cierre en Colombia. La Corte ha pensado que esta 'fuerza relativa' es

> la que mejor pondera la tensión entre igualdad de trato y la independencia judicial. (pág. 1404)

El desarrollo del precedente constitucional colombiano, sin duda ha ido mejorando con la experiencia de la judicatura y ha sido reconocido y delimitado por la propia Corte Constitucional de Colombia; sin embargo, han respetado el espacio de discrecionalidad a nivel vertical y horizontal, cuando exista una justificación adecuada del juzgador que se aparte del precedente.

Al respecto, la Corte ha señalado en su Sentencia T-292, lo siguiente:

> Aunque el respeto al precedente es fundamental en nuestra organización jurídica por las razones expuestas, el acatamiento del mismo, sin embargo, no debe suponer la petrificación del derecho. En este sentido, el juez puede apartarse tanto de los precedentes horizontales como de los precedentes verticales; pero para ello debe fundar rigurosamente su posición y expresar razones contundentes para distanciarse válidamente de los precedentes vinculantes. Dicha carga argumentativa comprende demostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. Sin embargo, existen otras razones válidas para apartarse del precedente, señaladas por la propia Corte.[4]

Así también, el precedente constitucional colombiano se basa en la *ratio decidendi* respecto al caso, en donde se utiliza el argumento que soluciona la contienda jurídica y disipa las dudas, y ha establecido mediante su jurisprudencia que la *ratio decidendi* es la que tiene la fuerza vinculante para

[4] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292. Fundamento 32. Publicada el 06 de abril de 2006

los jueces posteriores, siendo estos los que generan el precedente cuando siguen las razones fundamentales de la decisión de la Corte Constitucional Colombiana.

Es así que el propio Órgano Constitucional ha señalado la conceptualización del precedente en relación a la regla aplicable y los hechos, en la sentencia ya mencionada expresa lo siguiente:

> Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla –prohibición, orden o autorización– determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes[5]

Por último, con una semejanza mayor al precedente americano, la Corte ha establecido la distinción del precedente, con diversas pautas indicativas para el juzgador de casos posteriores. Estas pautas han sido establecidas en la sentencia anteriormente citada:

> i) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; ii) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares; iii) cambios históricos

[5] Ídem. Fundamento 26.

> frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional[6]

Es así que estudiamos el país que mayor tradición respecto al precedente mantiene respecto a Sudamérica.

Como valor informativo, es indispensable mencionar a Brasil, con un sistema distinto al precedente, que es la *súmula*, figura que en un inicio no generaba vinculatoriedad máxima y se manejaba con un mecanismo distinto al de la presencia de criterios interpretativos en la parte justificativa o resolutiva de la sentencia, pero que con el pasar del tiempo y ante las reformas recientes, ha sido atribuido de la vinculatoriedad propia de un precedente vinculante extremadamente cerrado.

Por otro lado, un caso particular, es el de la República Dominicana, que incorporó a la institución del Tribunal Constitucional en su pasada Constitución del año 2010 y agrego la vinculatoriedad de la jurisprudencia emitida, haciendo mención a que toda sentencia emitida por el Tribunal será precedente vinculante.

Este es el panorama general de los países que han brindado mayor énfasis al precedente vinculante, desde sus particularidades y aceptación propia de su academia. Como se evidencia, no todos tienen la misma mecánica de elaboración y aplicación, teniendo nosotros una relación directa con la jurisprudencia vinculante española, donde no se otorga la importancia debida

[6] Ídem. Fundamento 32. En el presente fundamento se cita directamente la Sentencia de Unificación Nro. 047/99 de Corte Constitucional, 29 de enero de 1999.

a los hechos, cuando realmente, en el precedente, son los hechos los que marcan la pauta.

3.2 La importancia de los hechos en el caso

3.2.1. Los hechos como punto de partida

Todo caso judicial se constituirá por una serie de sucesos que se llevan a consideración del juez, a efectos de verificar si existe o no una afectación respecto a lo estipulado en la ley. Esta serie de sucesos o acontecimientos tendrán relevancia jurídica cuando incidan, de una u otra manera, en el campo legal. En ese sentido, todos los hechos que tengan relevancia jurídica, serán indispensables para que los juzgadores puedan emitir decisión sobre la litis.

Cabe precisar que no todo hecho acaecido tendrá relevancia jurídica, sino solo aquellos que incidan directamente sobre los sujetos y afecten derechos o se puedan subsumir en el supuesto de hecho de la norma que se desea aplicar. Por tanto, es indispensable considerar a los hechos como parte general de la valoración que realiza un juez para desarrollar una decisión.

Ahora bien, en el precedente anglosajón, los hechos forman parte fundamental de la identificación de los argumentos básicos para emitir un fallo, ya que de ellos se parte para valorar el razonamiento acorde a la ley y al buen criterio judicial. En ese sentido, la identificación de los hechos relevantes en el caso, serán indispensables para generar una argumentación lógica sobre la manera en la que se debe resolver el caso en conflicto.

Bajo esta línea de razonamiento, es indispensable señalar que un precedente constituye una decisión anterior que fue emitida por un juzgador que elaboró un razonamiento lógico con principios fundamentales en relación a los hechos

de su caso. Lo que quiere decir que, la primera función del juzgador fue resolver el caso, considerando la existencia de los hechos que determinó como jurídicamente relevantes y los elementos probatorios del mismo y, para ello, necesitó depurar los hechos que no se consideraban como indispensables y ya reconociendo los hechos claves, delimitó el argumento básico desde el cual otros jueces pueden partir como línea orientativa o vinculante dependiendo el tipo de precedente que rija en su ordenamiento jurídico.

Lo que se debe tener claro, es que ningún razonamiento puede servir como pauta orientativa si los hechos son diferentes, si los hechos no son similares o existen particularidades en el caso que le darían un rumbo distinto al razonamiento anterior, aquella tarea le pertenece al segundo juzgador.

Respecto a esta postura, es la posición minimalista la que define la importancia de los hechos dentro de la labor creativa del juez. Sobre el tema, Magaloni (2001), refiere que:

> (…) la creación de derecho por parte de los jueces es un “mal necesario”. Toda vez que la realidad siempre es más compleja que el mundo de las normas, se requiere que los jueces “completen” eso que el legislador no pudo prever ni regular. Sin embargo, ese poder normador debe ejercerse lo mínimo indispensable: los jueces sólo pueden crear el derecho necesario para resolver la disputa que tiene enfrente. Los defensores de esta postura conciben el poder normador de los jueces a través de lo que Eisenberg denomina by product model: la función principal de los tribunales es la de resolver disputas

> y solamente como un derivado de esa función pueden crear normas generales. El valor de precedente de una sentencia, por tanto, está delimitado por el caso concreto, esto es, por los hechos objeto de la litis y el resultado alcanzado en la sentencia. Cualquier otra situación fáctica no relacionada directamente con el caso es simple dictum. (pág. 90)

Por tanto, la necesidad de evaluar los hechos en el precedente y desde allí determinar su función, concluyendo si sirven para decidir el caso (en el primer escenario donde se elabora el precedente) o si no es necesaria la aplicación del mismo porque los hechos relevantes no son los mismos que en el caso precedente o se encuentran singularidades que alejan al nuevo caso del principio rector del caso precedente, es básico dentro de la teoría del precedente vinculante.

Es así que, queda establecida la relevancia de los hechos dentro de la teoría del precedente, necesaria para realizar el parangón que permitirá saber si se aplica o no la razón fundamental emitida por el juez A, en el caso reciente que domina el juez B.

Respecto a la necesidad de comparación de los hechos, se puede señalar lo que Ramírez Figueroa (2018), menciona:

> Al igual que en la determinación de la ratio decidendi y de su diferenciación con un obiter dicta, los hechos del caso anterior cobran una notable trascendencia en el poder que tienen los jueces para diferenciar un caso de otro. Es decir, si la ratio decidendi se construye a partir de los hechos relevantes del caso anterior, entonces solo se

> podrá aplicar dicha ratio cuando en el caso presente se encuentran hechos similares a los que dieron lugar a la ratio decidendi del caso precedente. Pero, si después de cotejar los hechos de ambos casos, resulta que los mismos son distinguibles, el juez contará con un argumento muy fuerte para no aplicar el precedente, pues la ratio del caso previo no calza con los hechos del caso que debe decidir, y dependiendo del grado de disparidad, el juez podrá arribar a una decisión totalmente distinta. (pág. 218)

No obstante, se debe reconocer que esta costumbre de evaluar la importancia de los hechos tiene un mayor uso en el derecho anglosajón, ya que en países con otra familia jurídica, donde se ha incorporado la figura del precedente, no necesariamente se delimita la importancia de los hechos respecto al uso del precedente, tanto cuando se elabora el precedente, como cuando se aplica posteriormente, ya que la razón fundamental que se postula como regla, no siempre es la misma que resuelve el conflicto propiciado por los hechos del caso.

3.2.2. La necesidad de los hechos para la creación judicial

En el horizonte de la creación judicial, el juzgador se encuentra como un actor principal que intenta utilizar otros recursos antes de llegar a esto último. Aun sabiendo que, en el desarrollo de la ciencia jurídica, tiene cada vez más margen de acción, sigue evitando utilizar la creación como primer recurso.

No se puede negar que el Derecho Constitucional y la evolución de la actuación judicial dentro del proceso en la familia jurídica del *civil law*, ha girado la perspectiva y ha imitado el desarrollo y progreso de la familia jurídica

anglosajona, donde la jurisprudencia como fuente de derecho ha escalado lo suficiente como para considerarse igual de relevante que la ley.

Si bien es sabido que, la cultura jurídica anglosajona es la que perpetúa la jurisprudencia como fuente relevante en su ordenamiento jurídico; en nuestra familia legal, la escuela alemana es quien inicia con la comprensión y adopción de la importancia de la jurisprudencia. Bajo esta premisa, se explica lo siguiente en palabras de Zaccaria (2010):

> Esta extensión de la categoría de normas judiciales consiente sustancialmente reconocer a la jurisprudencia la dignidad de fuente del derecho. Había sido Savigny el primero en considerar los precedentes como derecho consuetudinario y como momento del derecho científico. En este sentido, en la cultura jurídica alemana juegan un rol muy importante, durante el siglo XIX y XX, bajo la influencia de la Escuela histórica del derecho, al menos dos ideas de fondo: por una parte la tesis según la cual el derecho entra a formar parte y se afirma en la vida de la comunidad esencialmente a través de la práctica de los juristas, y por la otra, la conciencia de cuán importante es la responsabilidad del juez en el cumplimiento, en el marco del Estado de derecho, de su deber institucional. En otras palabras, a la jurisdicción es confiado un proceso institucionalizador de las novedades jurídicas introducidas por vía jurisprudencial; proceso que se realiza a través de las dos vías, del uso judicial y del derecho consuetudinario judicial. (pág. 95)

En este punto, es necesario señalar que la jurisprudencia se encuentra constituida por las sentencias emitidas por los operadores jurídicos decisores que, en base al conocimiento académico de la materia y la recepción de información de lo sucedido en un caso concreto, desarrollan razonamientos lógicos que favorezcan a la resolución del conflicto y, en segundo lugar, pero no menos importante, generen puntos de partida para los posteriores casos con situaciones similares.

Se debe reconocer que para que el juzgador elabore una concepción jurídica respecto a un conflicto de derechos, es necesaria la identificación de los hechos más importantes y que generan el inicio del conflicto. Bajo esta concepción, no existe creación normativa, sino que se identifica la cantidad de hechos relevantes que puede presentar el caso.

Es así que, para la evaluación de la norma a utilizar o del fundamento jurídico a desplegar, debe haber una identificación del supuesto de hecho elaborado por el legislador o, en el caso de la vinculatoriedad de la jurisprudencia, se debe analizar la similitud de los hechos anteriores.

Como bien se señala, toda conclusión judicial depende del conocimiento de los hechos del caso, así como toda exposición de una regla que pueda sentarse en relación a la *litis*, siempre necesitará de la identificación de los hechos relevantes, tal como lo expresa Levi (1964) “el alcance de una regla, y por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos” (pág. 10). En ese sentido, los hechos siempre forman parte fundamental de las decisiones que luego se convertirán en jurisprudencia resaltante en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, cuando en un ordenamiento jurídico se establece que la configuración de reglas diseñadas en una sentencia formará parte de un precedente vinculante, se hace alusión a la generación de una norma que debe tener un supuesto de hecho, por lo que si homologamos la sentencia como aquella ley que genera una norma, los hechos del caso serían el supuesto de hecho sobre la cual se elabora una regla. La importancia de los hechos se refleja en la necesidad de establecer un supuesto que se replique posteriormente para la aplicación del precedente.

Esta identificación debe realizarse por el juzgador, que tal como hace cuando aplica una norma promulgada por un legislador, en donde reconoce el supuesto de hecho como una de las premisas, debe realizar lo mismo cuando de seguir un precedente se trate, ya que los hechos del caso precedente, deben tener la similitud necesaria para que se pueda aplicar el precedente al caso nuevo, solo así tendrá coherencia lógica la estructura del precedente dentro del ordenamiento jurídico peruano.

No hay dudas de que existe una premisa normativa que se necesita para justificar las decisiones judiciales; no obstante, esa premisa normativa necesita una adecuación dentro de un grupo de hechos relacionados. En ese punto, MacCormick (2017), refiere lo siguiente:

> Pero permítaseme hacer otra observación. También tiene que haber algunas cuestiones de hecho pertinentes. Lo que está en cuestión puede ser una acusación de que se ha cometido una infracción contraria a las disposiciones de una ley. Puede que una de las reclamaciones de una declaración sea que algún acto administrativo

> es válido o que puede ser puesto en cuestión según las disposiciones de una ley. O alguien puede afirmar que, de acuerdo con una ley, una parte tiene derecho a una compensación (p. ej. Indemnización por daños) de la otra parte. Sea lo que sea, el procedimiento será incoherente o una farsa a menso que la parte que eleva el asunto ante un tribunal haga algunas alegaciones de hecho que puedan ser juzgadas y determinadas. Además, esas alegaciones de hecho obviamente tienen que ser pertinentes para los enunciados legales citados, en tanto que aquellos que el fiscal, el organismo o el litigante privado ha citado en el proceso en cuestión. (pág. 82)

Como corolario, debemos confirmar el argumento válido de que una sentencia se basa en la consideración de los hechos relevantes, además de la actividad probatoria para la concreción verdadera de esos hechos, por tanto, si la jurisprudencia se vuelve una fuente del derecho que generará reglas o principios orientadores en la aplicación de la ciencia jurídica y tendrá efectos similares a los de una ley, no se puede obviar la relevancia de considerar los hechos para los juzgadores, como cuando se evalúa una norma proveniente de otra fuente.

3.2.3. Los hechos generadores de la *ratio decidendi*

En el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* es aquella regla o principio que resuelve el caso en concreto y, luego puede ser aplicada por el juzgador posterior, con lo cual ello se convierte en precedente, lo que quiere decir que, a diferencia de la forma de establecer el precedente en el Perú, en los países

anglosajones, son los jueces posteriores los que hacen de un caso un precedente extrayendo del mismo el principio que consideran dio fin a la litis.

Sin ninguna duda, para que puedan considerar algún principio como la razón fundamental que dio por acabado el conflicto anterior, han transitado un paso anterior, el cual fue evaluar los casos que por su construcción fáctica eran iguales o similares al caso que les tocaba decidir en el momento. Esto no tiene otro significado más que la premisa básica de estructuración de un precedente: para utilizar un argumento decisor de un caso anterior, se necesitan hechos idénticos o similares que permitan darle uso al argumento decisor dentro de un contexto fáctico parecido.

Bajo la consideración de la relevancia de los hechos, Núñez Vaquero (2018), define a la *ratio decidendi* como:

> (…) definiré ratio decidendi precisamente como aquella norma empleada, o meramente formulada, en la justificación interna o externa de una decisión jurisdiccional, que es calificada como normativamente relevante por la regla del stare decisis para casos diferentes a aquel en el que fue formulada. Esta definición de ratio decidendi –no se opone sino que– engloba a las tres posiciones clásicas antes mencionadas. En efecto, desde el punto de vista aquí adoptado nada impide que se considere en la práctica de un ordenamiento jurídico como ratio decidendi no únicamente una norma de la justificación de la decisión, sino la suma de aquella más –por ejemplo– todas las consideraciones necesarias para alcanzar la decisión; o bien que de hecho sean consideradas rationes decidendi

> solo normas empleadas en la justificación interna de las decisiones jurisdiccionales. (pág. 57)

Sin embargo, es de referir que, en el derecho inglés, se utiliza la figura del *distinguishing*, institución que permite distinguirse del caso anterior cuando existan particularidades propias del caso que necesitan motivarse de otra manera. Esta situación debe ser fundamentada de una manera cualificada para no hacer daño a la tradición del *stare decisis*.

En función de los hechos es que se podría realizar una comparación que favorezca la distinción o no de los hechos del caso precedente. En base a ello, el *distinguishing*, funciona bajo el siguiente contexto, según Ramírez Figueroa (2018):

> Siendo así, la técnica del distinguishing requiere para su aplicación que los precedentes sean sentados en el contexto de un caso concreto, esto es, que la ratio decidendi sea la respuesta construida para solucionar un determinado problema fáctico con relevancia jurídica, y no una solución abstracta que prescinda de los hechos del caso. Sin hechos concretos no puede haber comparación, y sin comparación no puede haber distinción; consecuentemente, tampoco tendría sentido diferenciar la ratio decidendi de un obiter dicta. (pág. 218)

Por tanto, la esquematización de la *ratio decidendi*, como del *distinguishing*, tiene relación directa con los hechos, el porcentaje de igualdad del cuerpo fáctico de los casos que se presentan y del caso anterior, tanto para utilizar el argumento decisor que facilita la resolución del caso y genera el *stare*

decisis, como para distinguirse de la manera de resolver y propiciar una nueva pauta orientativa.

Queda establecido que la estructura fáctica es parte fundamental de la generación de un precedente, tanto para identificar la regla o principio que se utilizará en el futuro, como para darse cuenta del momento en el que hay que apartarse y generar una nueva línea de pensamiento respecto a un caso que se configura con particularidades preponderantes; todo ello, sin olvidar que en el caso inicial, lo fundamental es la resolución del conflicto y para ello la *ratio decidendi* debe dar solución a la disputa, reconociendo los hechos más relevantes.

3.3 La distorsión del precedente vinculante constitucional en el caso peruano

3.3.1. La estructura del precedente vinculante en el Perú

El precedente vinculante fue incorporado mediante una ley[7], al igual que la jurisprudencia obligatoria (institución distinta al precedente), que, si bien ya no se encuentra recogida en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional[8], aun tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano y ha sido detallada mediante la jurisprudencia que el propio Tribunal ha emitido a lo largo de los años.

Como aspecto diferenciador, debemos explicar que la jurisprudencia obligatoria es una representación de la figura jurídica española que estipula

[7] Ley Nro. 28237 – Código Procesal Constitucional. Publicado en el Diario "El Peruano". Publicado el 31 de mayo de 2004.
[8] Ley Nro. 31307 – Nuevo Código Procesal Constitucional. Publicado en el Diario "El Peruano". Publicado el 23 de julio de 2021.

la jurisprudencia vinculante obligatoria. Sin embargo, se ha expresado por los ideadores del Código Procesal Constitucional del 2004, que esta figura también se inspira en el precedente vinculante elaborado y aplicado en España.

Por otro lado, del análisis del propio artículo que regula el precedente vinculante en el Perú, se puede detallar lo siguiente:

- El precedente vinculante debe emitirse en una sentencia del Tribunal Constitucional, que se pronuncie sobre el fondo y constituya la autoridad de cosa juzgada.
- Solamente el Tribunal Constitucional, como alta corte en el Perú del Derecho Constitucional, podrá emitir los precedentes vinculantes a los que se refiere el Nuevo Código Procesal Constitucional.
- Es el propio intérprete de la Constitución quien determina los efectos normativos del precedente vinculante.
- En un extremo de la sentencia, será el Tribunal quien especifique la regla que se establecerá en precedente.
- El apartamiento del precedente vinculante o la variación del mismo, será válida solamente cuando el Tribunal justifique las razones que ameritan el cambio.

Ahora bien, sobre el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código, se puede resaltar una variación que no se encontraba en el artículo VII del Título Preliminar del anterior código, y es el siguiente:

- Cuando se varíe, cree, modifique, se deje sin efecto o se aparte el Tribunal de su propio precedente, requerirá la votación de cinco

magistrados, lo que significa mayoría calificada, como se da en el proceso de inconstitucionalidad.

Desde la entrada en vigencia del precedente vinculante en el año 2004, se requería una votación de cuatro magistrados (mayoría simple) para emitir un precedente vinculante, lo cual generaba una contradicción, puesto que, para eliminar una ley o norma con rango de ley, se necesitaba de cinco votos (mayoría calificada), mientras que para la creación de una institución que tiene los efectos de una ley (muchas veces superándolo), lo cual desde la postura más conservadora del derecho, se consideraría una atribución que extralimita las funciones de un Tribunal, solo se necesitaba la mayoría simple. Esto quiere decir, que para eliminar normas se necesitaba de mayorías calificadas y para la creación de instituciones jurídicas con los mismos efectos, no se requería la misma mayoría, aun cuando este acto jurídico es mucho más revolucionario que la expulsión de una ley que no sea compatible con la Constitución.

Por otro lado, si bien no se menciona directamente en el artículo VI del Título Preliminar del código mencionado, existe la obligación de que todos los precedentes que se emitan necesitan dar respuestas a controversias constitucionales y ser reglas obligatorias sobre aspectos constitucionales. Lo mencionado anteriormente, se desprende de la sencilla lectura de que, una figura jurídica regulada en un código procesal referido exclusivamente al área Constitucional compele a que las sentencias que contengan reglas vinculantes para los jueces, resuelvan contiendas constitucionales y se establezcan sobre bases constitucionales, descartando toda regla que se

emita para resolver aspectos infra legales o que no generen la relevancia constitucional idónea para la emisión de un precedente.

Estas son las características básicas que ostenta el precedente desde su redacción en cuerpo de leyes, en donde encontramos diferencias entre el antiguo plexo normativo que regía hasta mediados del año 2021 y la nueva norma adjetiva constitucional. Cabe aclarar que más del 95% de los precedentes establecidos hasta el 2022, se realizaron bajo la vigencia del antiguo Código Procesal Constitucional del 2004.

3.3.2. La jurisprudencia delimitadora del Tribunal Constitucional

Fuera de la regulación normativa propia de todo ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha delimitado el precedente vinculante mediante sus sentencias, estableciendo características, requisitos, supuestos, regulando el alcance de sus efectos, con el fin de establecer las pautas necesarias para su emisión y publicitarlas para el conocimiento de la comunidad jurídica y la ciudadanía en general.

En la sentencia 0024-2003-AI/TC[9], estableció los supuestos para la emisión de un precedente vinculante. Estos son los siguientes:

- Cuando existan divergencias o contradicciones en la interpretación de derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

[9] Tribunal Constitucional del Perú. Expediente Nro. 0024-2003-AI/TC. Publicada el 31 de octubre de 2005. En el presente caso, la Municipalidad Distrital de Lurín interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad de Santo Domingo de Los Olleros, con el fin de que se declare, que a quien le compete aprobar o modificar la demarcación territorial, es al Congreso de la República; por tanto, se solicitaba que se declare nula la Ordenanza Municipal Nro. 000011 aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la descripción de linderos y medidas perimétricas y el cuadro de datos técnicos y coordenadas poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por el Acuerdo de Concejo Nro. 009-2000-MIDSDLO y ratificado por Ordenanza Nro. 004-2003-MSDSDO.

- Cuando los operadores vengan resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad.
- Cuando se evidencie la existencia de una norma carente de interpretación constitucional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y donde caben varias posibilidades interpretativas.
- Cuando se evidencie la existencia de un vacío normativo.
- Cuando se aprecie la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Asimismo, estableció que el uso de los precedentes vinculantes por parte de los juzgadores en las instancias judiciales (vinculatoriedad vertical) dependerá de dos requisitos fundamentales:

- La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquel que emana como precedente.
- La existencia de similitudes y diferencias fácticas, las que en el caso de estas últimas justifican un trato distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento análogo se entienda la regla del precedente vinculante.

En este punto nos detenemos para ponderar que es el propio Tribunal Constitucional que, mediante esta sentencia, detalla la importancia de los hechos para la aplicación del precedente en casos posteriores, así como, el esfuerzo de la homologación cuando existan diferencias fácticas que no distorsionen de manera agresiva la similitud entre ambos casos.

Lo mencionado anteriormente, solicita un nivel activo de capacidad judicial, tanto para reconocer las diferencias y similitudes del caso presente y el caso

precedente, como para identificar que alguna particularidad genera una afectación mayor en algún derecho o principio constitucional y necesita de una respuesta distinta a la *ratio decidendi* del precedente.

Ahora bien, ya se ha señalado que solamente el Tribunal Constitucional puede variar el precedente vinculante, por su calidad de alta corte y porque así lo ha estipulado el legislador. Es así que, confirmando esta conclusión, el Tribunal determina los elementos para variar o apartarse de sus propios precedentes, enlistándolos de la siguiente manera:

- Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión.
- Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la decisión.
- Determinación de sus efectos en el tiempo.

Se rescata de lo argüido por el Órgano Constitucional, que se debe detallar los fundamentos de hecho y de derecho que manifiestan la nueva decisión, comparando los fundamentos de hecho y de derecho del precedente que se varía o del cual se aparta y justificando el motivo del cambio o apartamiento. Asimismo, como en una sentencia constitucional conforme a derecho, se debe establecer las partes, resaltando en este punto, la invocación de la nueva *ratio decidendi*, que debe dar respuesta al nuevo plexo de hechos y de derecho, variando así la *ratio decidendi* anterior cuando se trate del cambio de precedente y, que debe dar una regla distinta cuando se trate de un apartamiento. En este punto, volvemos a reiterar que las *ratios decidendis* se encuentran en todas las sentencias, inclusive aquellas que no se convierten

en precedentes. Por último, la invocación de sus efectos en el tiempo, lo cual es necesario para mantener la seguridad jurídica.

Finalmente, se ha detallado las condiciones necesarias para la emisión de una regla jurídica que establecerá un precedente vinculante. Estas condiciones son dos, la **primera** es una confirmación de lo ya estipulado en el código procesal:

- Debe ser una decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, sobre la **segunda** condición para emitir un precedente vinculante es que notamos la influencia anglosajona del concepto de precedente que se diseña en el Perú, a diferencia de la jurisprudencia vinculante española, que no pondera los hechos y emite criterios conceptuales obligatorios:

- Existencia de relación entre caso y precedente.

Esta condición establece que el precedente, propiamente dicho, la regla jurídica que establece el Tribunal, debe tener una relación inescindible con la resolución del caso particular que dio origen a la regla, lo que quiere decir que, la *ratio* que se convierte en regla debe resolver el caso en concreto, puesto que, si no es así, se distorsiona la función judicial primigenia: resolver conflictos jurídicos, así también perdería sentido la influencia anglosajona respecto a la importancia de la regla como herramienta principal de la resolución de la disputa, distorsionado el origen del precedente y adaptándonos a la figura española que ya hemos mencionado dio origen a otra institución dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Bajo estas referencias comentadas, nos es oportuno traer a colación algunos precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional y examinar el cumplimiento de las condiciones, los supuestos o los requisitos establecidos en su jurisprudencia.

A continuación, repasaremos precedentes emitidos por los distintos plenos y realizaremos un análisis de la elaboración de los mismos:

A. Primer Pleno (2005-2007)

Caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez

En el Expediente Nro. 2496-2005-PHC/TC, se configuran los siguientes hechos: El 30 de setiembre de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Sala Nacional de Terrorismo, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta encontrarse recluida desde el 14 de mayo de 1993, habiendo sido procesada por el supuesto delito de terrorismo en agravio del Estado, que fue condenado por jueces "sin rostro" a 30 años de pena privativa de libertad, proceso que fue anulado al declararse la inconstitucionalidad de los dispositivos legales aplicados, ordenándose la tramitación de un nuevo proceso.

En la sentencia citada, los artículos que se establecen como regla general son los fundamentos 3, 5, 7, 8, 12 y 13. Estos fundamentos mencionan lo siguiente:

- Fundamento 3

  En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha sostenido que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso. En el presente caso,

habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, ratione materiae, para evaluar la legitimidad de los actos judiciales considerados lesivos.

- Fundamento 5

  Conforme a lo enunciado por éste Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal es no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.1 Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales.

- Fundamento 7

  El artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o

en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

- Fundamento 8

  De cuyo contenido se infiere que la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales.

- Fundamento 12

  Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio tempus regit actum, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse.

- Fundamento 13

  Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1º de la Ley N.º 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137.º del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses; que se duplicará en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.

En la presente sentencia no se justifica bajo que supuesto se emite el precedente, asimismo, no se cumple con la condición de que lo estipulado tenga que resolver el conflicto jurídico presentado, a excepción del fundamento 12, donde se utiliza un concepto jurídico

para luego subsumirlo en el fundamento 13 con relación a los hechos del caso.

Debe precisarse que se establece como precedente, fundamentos que ya se han desarrollado en reiterada jurisprudencia, tal como lo menciona el propio Tribunal; aunado a ello, se señala como precedente un artículo de un tratado internacional de derechos humanos. En el primer caso, no era necesario el establecimiento de un precedente si ya las sentencias del Tribunal Constitucional se convierten en jurisprudencia vinculante, después de una serie de repeticiones en los conceptos; en el segundo caso, el artículo del tratado no tiene relación con el caso y no resuelve ninguna situación jurídica del mismo.

Caso María Elena Cotrina Aguilar

En el Expediente Nro. 349-2004-AA/TC, sucedieron los siguientes hechos: La recurrente manifiesta que se han instalado rejas metálicas en la intersección de la cuadra 74 del Jr. Manco Cápac, con Av. Venus, en la urbanización El Trébol, 2° etapa, distrito de Los Olivos, la cual se encuentra a treinta metros de su vivienda. Señala que el argumento para la colocación de rejas es imponer medidas de seguridad que frenen los constantes robos; sin embargo, considera que el enrejado es ilegal. Asimismo, manifiesta que la Municipalidad ha permitido la instalación de rejas en la vía pública, por lo cual cree que hay un abuso de autoridad municipal.

En la presente resolución, se señala que el precedente vinculante serán todos aquellos fundamentos que orienten sobre el sistema de

control de tránsito público, esto es, desde el fundamento 5 hasta el fundamento 20.

Si bien, no se menciona directamente el supuesto en el cual recae la obligación de emitir un precedente, se podría interpretar que es por la causal de darle un sentido interpretativo a una norma constitucional, que en principio ha tenido diversas interpretaciones, lo cual ha generado inseguridad jurídica.

Ahora bien, respecto a las condiciones, los fundamentos de la sentencia son 23, y 16 de ellos son los argumentos que se han considerado como precedentes, lo cual nos permite considerar que, en un inicio, se podrían establecer 16 reglas; sin embargo, siendo estas, en realidad, pautas orientativas, no podría considerarse que hay tantos argumentos para resolver un caso cuando no tienen relación con los hechos del mismo o son criterios interpretativos ampliados que se alejan del complexo de hechos del caso. En sí, mucho de los argumentos que se constituyen como precedente vinculante son razones subsidiarias. A modo de ejemplo:

- Fundamento 7

  Las restricciones explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137°

de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

Por otro lado, se señala un supuesto que no tiene relación con los hechos del caso y se considera precedente vinculante, con esto se incumple la segunda condición del precedente, explicada anteriormente.

- Fundamento 10

  El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal supuesto, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de la misma persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiese detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, queda claro que la restricción al derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.

Respecto al aspecto fáctico del caso precedente, la colocación de las rejas tiene como motivo la defensa ante la inseguridad ciudadana y, en el fundamento señalado, se establece un supuesto alejado de los hechos alegados por la recurrente y la Municipalidad, lo cual no es necesario para la adecuación de un precedente.

Caso Miguel Cornejo Sánchez Calderón

En el Expediente Nro. 3771-2004-HC/TC, el recurrente señala que fue detenido por la Policía Nacional el 1 de junio de 1995, posteriormente procesado por la comisión del delito de terrorismo y condenado a la pena de cadena perpetua. Menciona que dicho proceso fue anulado, lo mismo que la sentencia, y que se le instauró un nuevo proceso con mandato de detención, cumpliendo hasta la fecha más de 111 meses de reclusión en el Establecimiento Penal de Río Seco de Piura, habiendo transcurrido en exceso el plazo máximo de detención que estipula el artículo 137° del Código Procesal Penal, sin haberse expedido sentencia en primera instancia.

Los fundamentos que son declarados como precedentes vinculantes son: 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26. En este punto, debemos señalar que el Tribunal no especifica en qué supuesto de emisión de precedente recaen los fundamentos expresados, asimismo, la gran mayoría no cumple con la condición de resolver el caso en concreto en relación a los hechos. A modo de ejemplo, señalaremos fundamentos que no son una regla en sí misma, que pueden ser razones subsidiarias o que ya se encuentran regulados tanto en otras leyes como desarrollado en jurisprudencia anterior:

- Fundamento 2

  Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en

vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N. o 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus.

- Fundamento 3

  Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que "las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

Como hemos señalado, además de establecer supuestas reglas que ya se encuentran reguladas en la ley, también se agrega razones subsidiarias:

- Fundamento 8

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

- Fundamento 9

  La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se

encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

- Fundamento 10

  Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9°,3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t] oda persona detenida (..) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7°5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de "(t)oda persona detenida o retenida (00) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

Es así como hemos encontrado distintas fallas en la elaboración de tres precedentes emitidos por el primer Pleno.

B. Segundo Pleno (2007-2014)

Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández

En el Expediente Nro. 2513-2007-PA/TC, sucedieron los siguientes hechos: El demandante pretende que se le otorgue pensión de invalidez por enfermedad profesional, conforme a la Ley Nro. 26790.

Alega que, con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, se encuentra probado que adolece de neumoconiosis con 80% de incapacidad, razón por la cual tiene derecho a que la empresa de seguros Rímac le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional. La demandada alega que, en otro proceso de amparo, se ordenó que la Oficina de Normalización Previsional le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional, por tanto, no hay derecho a recibir una segunda pensión de invalidez por enfermedad profesional.

En la presente sentencia, se establecen como reglas vinculantes los fundamentos 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 24, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 42 y 45. Se debe señalar que, no se cumple con la condición de que la regla emitida como vinculante resuelva el caso en concreto, además de reiterar pronunciamientos que ya se encuentran dilucidados en casos anteriores por el mismo Tribunal como precedentes vinculantes. A modo de ejemplo:

- Fundamento 9

  En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.° 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

- Fundamento 11

En ese sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley Nro. 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

- Fundamento 12

  Asimismo, también debe reiterarse como precedente vinculante que: los trabajadores que nunca fueron obrero, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley Nro. 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del Decreto Supremo Nro. 011-74-TR.

Lo señalado en este punto, es una falla inexplicable del Tribunal, puesto que no se entiende cómo, reglas ya emitidas por el propio Órgano, vuelven a considerarse en los fundamentos que deberían ser revisados en este precedente vinculante. La reiteración de reglas anteriores, deben resolver el caso que se analiza actualmente y, no

volver a constituirse como cuerpo de un nuevo precedente, cuando ya forma parte de otro.

Caso Alfredo de la Cruz Curasma

En el expediente Nro. 05430-2006-PA/TC, se configuran los siguientes hechos: El demandante aduce que se encuentra apto para recibir una pensión de jubilación minera conforme a la Ley Nro. 25009, solicitando también, el reintegro de los montos dejado de percibir, por haberse denegado el reconocimiento de su derecho pensionario. El demandado no ha reconocido diez años y siete meses, por considerar que no han sido acreditados fehacientemente. Además, del Documento Nacional de Identidad, se deduce que el accionante cumplió con la edad requerida para solicitar una pensión de jubilación minera, el 13 de noviembre de 1995.

En este caso, no se señala el supuesto en el cual recaería la obligación de emitir un precedente vinculante, ya que la resolución del caso se realiza con los artículos 1° y 2° de la Ley 25009 y la acreditación de los documentos presentados por la parte demandante (Documento Nacional de Identidad y constancias de trabajo que acreditan los años laborados en la modalidad que solicita la norma citada); asimismo, respecto a las pensiones devengadas e intereses, se precisa el ámbito de aplicación del fundamento 15 d) de la sentencia recaída en el Expediente Nro. 2877-2005-HC/TC y se ordena el pago de pensiones devengadas conforme al artículo 81° del Decreto Ley 19990 y el pago de intereses generados conforme a la tasa establecida por el artículo 1246 del Código Civil.

Por tanto, en la presente sentencia, se evidencia que no era necesaria la emisión de un precedente para resolver el caso en cuestión, puesto que su resolución se basa en la fijación de los requisitos estipulados en la normativa especializada y la acreditación con medios probatorios de la misma. Si bien se puede considerar la afectación de un derecho fundamental, como lo es el derecho a la pensión, la resolución se basa en criterios legales y los medios probatorios expuestos.

Es así que, el fundamento 14, establecido como precedente vinculante, que expone reglas sustanciales y procesales respecto a la procedencia del pago pensiones devengadas, reintegro e intereses, en todos los supuestos en los que se vulnere el derecho a la pensión, resulta innecesario y poco adecuado dentro de un caso tan sencillo de resolver.

Como corolario, mencionar que la condición de que las reglas resuelvan el caso en concreto, vuelve a ser inobservada por el Tribunal.

Caso Yolanda Lara Garay

En el Expediente Nro. 3052-2009-PA/TC, se suscitan los siguientes hechos: La demandante solicita que se deje sin efecto la carta de despido que se le cruzó el 5 de enero de 2007, y espera se ordene su reposición en su puesto de trabajo, ya que ha sido objeto de despido incausado. Menciona que, se ha desempeñado como abogada II de la Gerencia de Asesoría Jurídicas del Gobierno Regional del Callao, suscribiendo contratos a plazo fijo,

denominados de servicio específico. Asimismo, señala que, de acuerdo a la Resolución Ejecutiva Regional Nro. 109-2006- Gobierno Regional del Callao – PR, de fecha 1 de junio de 2006, se dispuso la adecuación paulatina de los contratos por servicios específicos sujetos a modalidad a la condición de contratos a tiempo indeterminado, del personal auxiliar, técnico y profesional en los niveles, categorías y plazas del cuadro para la asignación de personal-CAP. La demandada arguyó que su contrato fue finalizado, mediante Resolución Ejecutiva Regional Nro. 109-2006-GOBIENRO DEL CALLAO/PR declarada nula por Resolución Ejecutiva Regional Nro. 039-2006-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO/PR, por lo que de tener motivos para cuestionar tales actos administrativos se debía recurrir al proceso contencioso administrativo.

En la presente sentencia, se emite como regla vinculante, el fundamento 36, en donde se detalla que se realizará una variación de criterios interpretativos del propio Tribunal, referidos a la declaratoria de improcedencia del amparo cuando el trabajador cobra sus beneficios sociales o su compensación por tiempos de servicio. Se nos hace pertinente detallar los nuevos criterios:

- <u>Fundamento 36</u>

  (…)

  a. El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador,

no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

b. El cobro de indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin "incentivos" supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia al amparo.

c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudos al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario, esto es, el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes, bajo su responsabilidad.

En el presente caso, se establecen reglas jurídicas respecto a una situación que no tiene relación con los hechos del caso, lo cual incumple la condición necesaria de la relación de las reglas con los hechos del caso en concreto. En realidad, para la resolución de este conflicto jurídico, se utiliza la sentencia Nro. 206-2005-PA/TC. Así también, en el fundamento 42 de la sentencia que analizamos se refiere lo siguiente:

Teniendo en cuenta que el objeto del contrato estaba dirigido a que la trabajadora siguiera prestando servicios a la entidad para realizar las actividades propias de Abogado II en la Gerencia de Asesoría Jurídica, plaza que al encontrarse dentro del cuadro de

asignación de personal se encuentra debidamente presupuestada; siendo así, la actora solo podía ser cesada por causal de falta grave contemplada en el artículo 25° del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR; no habiendo ocurrido así en el caso de autos, por cuanto, la causa alegada por la demandada para extinguir la relación laboral de la demandante, no se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el artículo 16° del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, ni de las excepciones previstas en el artículo 46° de la acotada norma, siendo así, el despido resulta incausado.

Por tanto, se concluye que la resolución del caso no tiene relación alguna con las reglas establecidas, lo cual es una elaboración deficiente del precedente, no cumpliendo con las consideraciones que el propio Órgano Constitucional ha emitido en su jurisprudencia delimitadora.

Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia

En el Expediente Nro. 00142-2011-PA/TC, los hechos se basan en que la demandante solicita que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución del 22 de setiembre de 2009, recaída en el Caso Arbitral Nro. 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, y que se ordene que se retrotraiga el Caso Arbitral Nro. 1487-11-2008 hasta antes de la expedición del referido laudo. Según la demandante, el árbitro demandado no ha explicado por qué existe una “incompatibilidad” en la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera, en cuanto al

momento de inicio de la exploración minera. Señala que el laudo se fundamenta en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la cláusula.

La sentencia establece una regla jurídica en su fundamento 26, que no cumple con la condición de encontrarse relacionada a la solución del caso en concreto:

- Fundamento 26

  (…)

  El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control di fuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

Aquí también, es necesario señalar que existe una vulneración al ordenamiento jurídico, puesto que, una postura válida es señalar que, la creación de un precedente que permita el control difuso en sede arbitral, genera una incoherencia dentro del sistema normativo, sobre todo, en relación a quién y dónde se realiza la supervisión del correcto desarrollo del control difuso, lo cual agrava la situación,

puesto que, los precedentes deben ser puntos orientativos y no generador de conflictos dogmáticos y estructurales.

C. Tercer Pleno (2014- 2022)

Caso Francisca Lilia Vásquez Romero

En el Expediente Nro. 00987-2014-PA/TC, suceden los siguientes hechos: La demandante solicita que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago correspondiente al Expediente Nro. 1460-2006 desde la Resolución Nro. 38, de fecha 4 de diciembre de 2009 hasta el Decreto Nro.5, de fecha 25 de enero de 2013, por haberse vulnerado sus derechos al debido proceso, de petición, de defensa, y de libre acceso al órgano jurisdiccional y la tutela procesal efectiva. Refiere que, en el proceso de ejecución de garantías, seguido en su contra por el Banco Wiesse Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se ha notificado la ejecutoría suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto Nro. 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Sostiene, igualmente, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago que es civil lo han transformado en constitucional y, "cambiando de jurisdicción", lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada; asimismo, que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los Vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Expediente Nro. 1460-2006.

La demanda fue declarada improcedente por el Tercer Juzgado Civil de Chimbote, por considerar que los hechos y el petitorio de la

demanda no estaban referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados y en razón a que habría vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda. Esta decisión fue confirmada por la Sala, por estimar que habría transcurrido exceso el plazo de prescripción.

En la sentencia, el Tribunal Constitucional aduce que los rechazos liminares de las instancias judiciales, no debieron haberse realizado porque puede haber una afectación al debido proceso, por tanto, tendría contenido constitucional la demanda y, no puede considerarse que haya vencido el plazo para presentar la demanda, ya que, al haber una continuidad en la afectación, el plazo de prescripción empezará a contarse desde que cese la afectación.

Por su parte, sobre el aspecto de fondo, refiere que la demanda es infundada porque no se expresan los agravios que justifiquen una afectación de los derechos mencionados. De esta manera, resuelve el caso sin la necesidad de emitir un precedente vinculante, puesto que ya existía una norma que regulaba de manera detallada el Recurso de Agravio Constitucional (RAC), la cual era el artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, así como también jurisprudencia que el propio Tribunal había expedido sobre la aceptación de recursos de agravio constitucional, por lo cual ya existían reglas claras sobre lo que debía contener este recurso y cuando sería rechazado.

Sin embargo, se emite, como precedente vinculante, el fundamento 49, en el cual se crea la figura jurídica de la “sentencia interlocutoria

denegatoria", la cual además ya no se condice con la eliminación del rechazo liminar dentro del Nuevo Código Procesal Constitucional, lo que plantea el cuestionamiento de si una ley puede eliminar un precedente.

En este caso, notamos que no se cumple la condición de que la regla resuelva el caso, puesto que, ya existía una norma que lo resolvía, jurisprudencia emitida por el propio Órgano y la clara identificación de la carencia de argumentación de los agravios, suficientes elementos para resolver un caso sin necesidad de emitir un precedente.

Caso Ladislao Carrillo Espejo

En el Expediente Nro. 02677-2016-PA/TC, suceden los siguientes acontecimientos: El demandante solicita el recálculo de su pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional, concedida mediante Resolución Nro. 4170-2007-ONP/DC/DL18846, dentro de los alcances del Decreto Ley Nro. 18846, a fin de que sea otorgada conforme a la Ley Nro. 26790 y su Reglamento, por cuanto la contingencia (fecha del informe de Evaluación de Comisión Médica) se produjo en vigencia de esta norma. La Oficina de Normalización Previsional, señala que, si bien el Informe de Comisión Médica de Incapacidad tiene como fecha el 18 de setiembre de 2006, también se indica que la probable fecha de inicio de la enfermedad es el 1 de enero de 1992, razón por la cual se le aplicó el Decreto Ley Nro. 18846.

En la presente sentencia, el Tribunal resuelve la *litis* estableciendo lo siguiente en sus fundamentos 10 y 11:

- Fundamento 10

  En tal sentido, habiéndose determinado que a la fecha de expedición del informe de la comisión médica de incapacidades de EsSalud (18 de septiembre de 2006), el actor se encontraba dentro del ámbito de protección legal de la Ley 26790 y su reglamento, le corresponde gozar de la prestación estipulada por esta norma y no por el Decreto Ley 18846, y percibir una pensión de invalidez permanente parcial regulada en el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA (del 50% al 66.66% corresponde la invalidez permanente parcial), equivalente al 50% de su remuneración mensual y sin el tope de la pensión máxima regulada por el artículo 3 del Decreto Ley 25967.

- Fundamento 11

  En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde el 18 de septiembre de 2006, fecha del pronunciamiento de la Comisión Médica de EsSalud que acredita la existencia de la enfermedad profesional por un porcentaje global de 55%, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión de invalidez, por haberse calificado como prueba idónea el referido informe médico presentado por el recurrente.

Sin embargo, el máximo intérprete emite un precedente sobre una incidencia indirecta, que es el error del funcionario de la ONP, desligándose totalmente de los hechos relevantes y la resolución de la *litis* (la cual se resolvió con los fundamentos 10 y 11), para emitir una regla, que, además, debería ser regulada normativamente, puesto que no tiene una argumentación adecuada para ser regulada como un problema de carácter constitucional. Por tanto, no cumple con la condición expuesta por el Tribunal, respecto a que la regla debe resolver la *litis* y, en ese sentido, dar solución a los hechos conflictivos del caso.

A modo de exposición, mostraremos algunos de las reglas del fundamento 21, que fue declarado como precedente vinculante:

- Fundamento 21

  (…)

  Regla sustancial 1

  Cuando se determine que el monto de la pensión de jubilación o invalidez que percibe el demandante es superior al monto que legalmente corresponde, pese a lo cual solicita incremento del mismo, se dispondrá en la sentencia desestimatoria que la entidad prestadora emita una nueva resolución administrativa otorgando la pensión con arreglo a ley, dejando sin efecto aquello que no corresponde; exonerándose al demandante de la obligación de devolver lo percibido en exceso, razón por la cual no se realizará ningún descuento en la pensión actual o futura que perciba.

Regla sustancial 2

En el supuesto mencionado en la Regla sustancial 1, se deja a salvo el derecho que tiene la ONP de repetir lo pagado en exceso en los funcionarios responsables del error incurrido.

(…)

Regla sustancial 4

La compensación a la que se hace referencia en la Regla sustancial 3 solo procederá si la liquidación de devengados e intereses arroja un monto a favor del pensionista, monto que será el tope de la compensación, no procediendo, en ningún caso, descuento alguno en la pensión actual o futura del pensionista.

(…)

Como corolario sobre el análisis efectuado, cabe resaltar que, si bien existen más precedentes donde podríamos considerar que se emitieron incumpliendo condiciones, supuestos o requisitos establecidos por el propio Tribunal, como el precedente Villanueva o Huatuco, lo cierto es que el precedente vinculante es una institución jurídica que ha aportado dentro de la ciencia constitucional; sin embargo, su deficiente técnica de elaboración por parte de los magistrados y la mezcla de figuras jurídicas de distintas familias que han sido insertadas al ordenamiento nacional, ha generado que haya una gran confusión respecto a su correcto uso. En ese sentido, resulta necesario realizar ciertos ajustes en el precedente para generar una dinámica más acorde con la esencia de la figura jurídica y de la actualidad normativa.

3.4 Las ventajas de la adopción del PAP

3.4.1. La nueva variante al precedente vinculante

A la deficiente técnica de elaboración del precedente vinculante que, como hemos visto, se ha entremezclado con la figura de la jurisprudencia obligatoria, no ha respetado las condiciones establecidas por el propio Tribunal, no suele contar con una justificación respecto al supuesto bajo el cual se postula la regla jurídica vinculante, genera incoherencias en el propio sistema de normas y regula aspectos que no tienen carácter constitucional, se le debe sumar la poca comprensión en su utilización por parte de los jueces de primeras instancias, que deben seguir este tipo de reglas aun cuando no tengan relación con el caso que analizan, al no evaluar la similitud de los hechos o la proporcionalidad del daño producido al derecho fundamental en su caso.

En este contexto, se propone el PAP que, además, será acompañado por un "test de aplicación", y servirá al juez para una mejor adecuación de los casos precedentes a los casos que disputan en su fuero. Asimismo, este PAP, en sede constitucional, deberá cumplir con los requisitos, condiciones y supuestos establecidos.

3.4.2. Las ventajas que favorecen su postulación

El PAP ostenta ventajas que son significativas para una mejor adecuación de la figura del precedente dentro del sistema de normas peruano. Sumado al establecimiento de la mayoría calificada para la emisión de un precedente, sumaremos las siguientes ventajas que se notarán con la incorporación del PAP:

- El Tribunal establecerá la regla jurídica que resolverá el caso en concreto, realizando una explicación detallada y sucinta de cómo la regla obtenida resuelve los hechos del caso en concreto.
- El Tribunal justificará bajo qué supuesto se emite el PAP, dentro de la propia sentencia. Asimismo, se hará mención del derecho fundamental o principio constitucional que se pretende tutelar con la regla en mención.
- Al tener carácter altamente persuasivo, una justificación cualificada podrá ser la que genere un apartamiento del precedente emitido por el Tribunal. Dentro del test de aplicación, el apartamiento se realizará, de corresponder, en el último paso, con la identificación de la gravedad e intensidad de la intervención al derecho fundamental y la proporcionalidad como aspecto básico de la motivación.
- Habrá un espacio de revisión para el apartamiento de un PAP, que no se encontrará en los fueros del Tribunal Constitucional, lo cual facilitará la integración de los demás actores jurídicos en el ámbito constitucional y apoyará a evitar las suspicacias respecto al magistrado que se vuelve un juez cuestionado respecto del precedente que pudo haber emitido.
- Además de la regulación que se le dará al PAP, de manera normativa, se le otorga a los jueces de instancias inferiores un espacio de discrecionalidad para poder interactuar con las normas constitucionales, cuestionar estructuras dentro de sus propios casos y, al mismo tiempo, la obligación de una motivación exigente por encima del promedio; esto es, elimina la posibilidad de la subsunción rápida, ya que, mediante el test y los recursos que expondrán las partes,

además de la revisión de otra alta corte (Corte Suprema de Justicia), se obligará al juez a cumplir con lo requerido respecto a la fundamentación y entregar sentencias motivadas de calidad.

3.4.3. Las diferencias con el Precedente Vinculante

Asimismo, debemos señalar las diferencias que existen entre el PAP y el precedente vinculante actual:

- A diferencia del PAP, en el precedente vinculante, el Tribunal no expone los hechos que resuelve con la *ratio decidendi* que menciona dentro de la sentencia.
- En el PAP, el Tribunal Constitucional, señalará, de manera argumentada, el derecho fundamental o principio jurídico constitucional que tutela a través de sus reglas, lo cual permitiría considerar el carácter constitucional del precedente, más allá de quien lo emite, a diferencia de lo que sucede actualmente.
- En un escenario distinto al que sucede ahora, la variación del precedente deberá ser argumentada en la sentencia, además de cumplir con las condiciones, requisitos y supuestos del PAP, explicando el motivo por el cual la regla anterior ya no cumple con los fines constitucionales para resolver esta serie de casos.
- En el precedente vinculante, la revisión de los apartamientos se realiza a través de los recursos ordinarios que el ordenamiento procesal otorga; sin embargo, en el PAP, existe la revisión por parte de una alta corte (Corte Suprema de Justicia), que será distinta a la que emite el precedente constitucional (Tribunal Constitucional).

- En divergencia procedimental con el precedente vinculante actual, el PAP viene acompañado de un test de aplicación para los precedentes emitidos por el Tribunal, por parte de los operadores jurídicos de las instancias judiciales.
- En contraste con lo que sucede actualmente en las sentencias judiciales que aplican precedentes vinculantes, la motivación que se solicita para el apartamiento, será cualificada; esto es, mediante el último paso del test de aplicación, donde se podrá evidenciar la correcta argumentación a favor o en contra de la subsunción de la regla del PAP al caso presente.

3.4.4. Reflexiones sobre el PAP

Si bien toda institución jurídica tiene fallas en su incorporación, tanto dogmáticas como procedimentales, el precedente vinculante cuenta con un aproximado de 20 años en su adaptación, permitiéndonos realizar ciertas conclusiones, que no terminan siendo tan positivas en muchos aspectos.

En ese sentido, el PAP se presenta como una propuesta que busca remover las estructuras estancadas de un sistema judicial petrificado, acostumbrado al automatismo y la poca justificación, que monopoliza el poder en unos pocos y no permite la desconcentración del mismo. Además, mediante esta nueva institución, se presentan procedimientos que facilitan su incorporación y transparencia en la adecuación del mismo.

El PAP busca ser el inicio de una salida jurídica a los innumerables defectos que existen en el ordenamiento jurídico peruano, lo mejor es que es una respuesta desde adentro del sistema.

CAPÍTULO IV: LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO EN SEDE JUDICIAL

4.1 La independencia judicial como concepto relacionado a la libertad

4.1.1 La libertad como manifestación de un derecho y un deber

En la creación de derecho por parte de los jueces, se encuentra una apertura "limitada" por la objetividad a la discrecionalidad. Esta discrecionalidad nace de la libertad e independencia judicial para poder desarrollar sus argumentos y fundamentar sus opiniones doctrinarias, siempre relacionándolas a los hechos del caso. Hay una evidente manifestación de la libertad judicial, reflejada tanto en la independencia del órgano, como en el desarrollo de sus opiniones jurídicas y en la libre creación de conceptos que aportaran al sistema normativo, aun siempre pendiente de las limitaciones objetivas que el mismo les impone.

La libertad es uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico peruano, siendo considerado como uno de los valores rectores dentro de nuestro sistema ético-normativo. Si bien con mayor reconocimiento desde la época de la Ilustración (Siglo XVII y XVIII), se configura dentro de dispositivos legales occidentales luego de la Revolución Francesa.

En ese sentido, la libertad empieza a configurarse como la atribución que todo sujeto posee por el estatus de ser humano, característica que lo diferencia de otros seres vivos y que le sirve para tomar decisiones dentro de la sociedad, siempre y cuando exista el respeto a las normas en las que convive.

Así lo manifiesta Stuart Mill (2020), cuando se refiere al concepto de libertad dividida en diferentes niveles, arguyendo lo siguiente:

> Comprende, en primer lugar, el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el sentido más amplio de la palabra, la libertad de pensar y de sentir, la libertad absoluta de opiniones y de sentimientos, sobre cualquier asunto práctico, especulativo, científico, moral o teológico. La libertad de expresar y de publicar las opiniones puede parecer sometida a un principio diferente, ya que pertenece a aquella parte de la conducta de un individuo que se refiere a sus semejantes; pero como es de casi tanta importancia como la libertad de pensamiento y reposa en gran parte sobre las mismas razones, estas dos libertades son inseparables en la práctica. En segundo lugar, el principio de la libertad humana requiere la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso, aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta tonta, mala o falsa. En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo resulta, dentro de los mismos límites, la libertad de asociación entre los individuos; la libertad de unirse para la consecución de un fin cualquiera, siempre que sea inofensivo para los demás y con tal que las personas asociadas sean mayores de edad y no se encuentren coaccionadas ni engañadas.

Bajo estos conceptos, hay libertades que se desarrollan dentro de circunstancias condicionantes, específicamente en el ámbito de la toma de decisiones donde, mediante justificaciones adecuadas y sin vulnerar reglas

impuestas, donde el ser humano puede realizar, según su concepción, elucubraciones que se permitan difundir a las demás personas.

Si bien pueden concebirse restricciones a la libertad en cualquiera de sus ámbitos, es necesario que exista una argumentación adecuada en relación al objetivo de la restricción, así como también, es fundamental que no sea una excepción el despliegue de la libertad, sino que su desarrollo sea un imperativo constante.

Dichas restricciones son límites proporcionales a los derechos fundamentales, que no tienen la absolutez como característica, incluyendo en este grupo al derecho a la libertad. Al respecto Abad Yupanqui (1992), desarrolla el siguiente contenido:

> Ello no significa que nos encontremos en un sistema donde los derechos tengan carácter absoluto, pues -salvo casos excepcionales cuyos ejemplos mencionamos inicialmente- entendemos que éstos se hallan sujetos a aquellas limitaciones previstas en forma expresa, o a las que derivan implícitamente del texto constitucional como consecuencia de la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales o aquellos bienes constitucionalmente tutelados (por ejemplo el posible conflicto que podría suscitarse entre la libertad de expresión y el derecho al honor). En verdad, pues, aparte de los límites previstos por cada una de las normas constitucionales, no existe un dispositivo que con carácter general habilite al legislador a regular el ejercicio, configuración, o delimitación del ámbito de

protección de los derechos fundamentales y que le exija además el debido respeto a su contenido esencial. (pág. 11)

Vale decir que, todo tipo de norma que establezca una regla con un procedimiento (sustancial o procesal) termina siendo una regla permisiva o prohibitiva para los destinatarios y conductiva para los operadores jurídicos. Esto se refiere a que, las normas que dictan una manera de ejecutar las cosas permiten al juez desarrollar su función dentro de los márgenes de lo establecido por el texto jurídico.

4.1.2 El precedente vinculante como norma

Como se ha referido, en el sistema jurídico peruano, es el Tribunal Constitucional quien emite el precedente vinculante, siempre y cuando se presenten los presupuestos establecidos por el propio Tribunal para producir este tipo de figuras jurídicas e insertarlas a nuestro ordenamiento.

Ahora bien, el precedente vinculante se configura con la estructura básica de una norma jurídica:

- ✓ Supuesto de hecho = situación fáctica en la que pueda recaer cualquiera de los supuestos establecidos por el máximo intérprete.
- ✓ Norma = la emisión de la regla (sustancial o procesal) dentro del caso.
- ✓ Consecuencia jurídica = la variación fáctica y jurídica que se desarrollará posterior o anterior -dependiendo de los efectos en el tiempo- a la emisión del precedente vinculante.

Es preciso señalar que la norma jurídica, dentro de nuestra familia de derecho, regula las relaciones interpersonales dentro de una sociedad que ha conformado un Estado de Derecho y, necesariamente, se ejerce el poder

coercitivo no solo por la institución que la dicta, sino también, por la importancia y trascendencia del silogismo jurídico, ya que representa la variación de una situación de hechos y cosas que favorece a la sociedad en su conjunto.

De lo expuesto sobre la norma, se puede mencionar lo referido por Moreso (2014), cuando explicita que:

> De esta forma, las normas atribuyen determinadas consecuencias normativas a determinados casos genéricos y así nos permiten conocer cuál es el status normativo de determinados casos individuales que son instancias de dichos casos genéricos. El status normativo de los casos genéricos viene determinado por el universo de soluciones. El universo de soluciones modaliza deónticamente de determinado universo de acciones genéricas. (pág. 18)

Por consecuencia práctica, debemos concluir que el precedente vinculante varía situaciones relacionales dentro de una sociedad, considerando que tiene alcances a todo nivel y que sus efectos son de cumplimiento obligatorio en todos los ámbitos.

De acuerdo a los postulados expuestos por el Tribunal Constitucional, Castillo Córdova (2008) hace referencia a lo mencionado por el máximo intérprete y realiza un análisis del precedente vinculante y su obligatoriedad:

> De modo que se entiende perfectamente que el mismo Tribunal Constitucional haya definido el precedente vinculante como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que,

> por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley". Es decir, continuará diciendo el Tribunal Constitucional, "la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos".[10]
>
> (…) Por lo tanto, a través del precedente vinculante referido a una norma iusfundamental, el Tribunal Constitucional formula una determinación o concreción del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, de modo que el juez se vincula al precedente como si se vinculase a la Constitución misma. (págs. 8-9)

Estableciendo que el precedente vinculante es una norma de carácter obligatorio para todos los niveles del Estado y privados, denotamos como una respuesta lógica que muchos de los precedentes serán más que pautas conductivas y tendrán un carácter imperativo, a las cuales oponer una justificación diversa no suele ocurrir ya que hay deficientes herramientas teóricas y prácticas para que los jueces de instancias inferiores elaboren argumentos que muestren otra posición más garantista a los derechos fundamentales o más convenientes para el caso en concreto.

[10] Castillo Córdova cita la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. Nro. 0024–2003–AI/TC. Pronunciada el 10 de octubre de 2005.

4.1.3 La zona gris de la independencia judicial en la aplicación del precedente vinculante

Si bien el precedente termina siendo obligatorio para los jueces, el Tribunal ha desarrollado la conceptualización del *distinguishing* -vale señalar que esta figura jurídica es proveniente del derecho anglosajón y se aplica con todas las particularidades que encierra al precedente inglés o americano- en el Perú, la proyección de esta variante jurídica se asemeja mucho más a un apartamiento, el cual se practica en los precedentes judiciales peruanos.

En este sentido, el acoplamiento de la figura se desprende del esquema utilizado para elaborar un precedente, en el cual la relevancia de los hechos configura una pieza importante del análisis, por lo cual, sin hechos, no podría configurarse un verdadero *distinguishing*. En base a ello, como desarrollamos en oportunidad anterior, Ramírez Figueroa (2018), señala que esta técnica que requiere que los precedentes sean sentados en el contexto de un caso concreto, es decir, que la *ratio decidendi* sea una respuesta construida para solucionar el problema fáctico con relevancia jurídica y no una solución abstracta que prescinda de los hechos (p. 218).

Es así que uno de los integrantes del Colegiado, ha desarrollado el significado y aplicación de esta figura dentro del ordenamiento jurídico nacional[11]:

> Lo antes dicho, desde luego, no obsta la posibilidad para que, mutatis mutandis, en un determinado caso los jueces o las juezas puedan apartarse del criterio, regla o interpretación establecida por el Tribunal

[11] Fundamento de voto del Magistrado Espinosa Saldaña Barrera en el Exp. Nro. 05093-2014-PC/TC. Fundamento 10.

> Constitucional. Aquello se materializa a través de la operación conocida como distinguishing. A mayor abundamiento, esto es posible siempre que exista una diferencia sustantiva entre lo establecido como precedente constitucional o como doctrina jurisprudencial y lo alegado o discutido en el nuevo caso. Empero, así visto, el distinguishing no resta entonces en absoluto eficacia al precedente constitucional o a la doctrina jurisprudencial, y menos aun cuestiona su obligatoriedad, sino que a través de dicha operación tan solo se determina que la regla o criterio que estas contienen no son aplicables al caso específico, por estar fuera de los alcances allí se regula.

Esto quiere decir que, los casos que se analizan en primera y segunda instancia deben de ser estudiados mediante el filtro del precedente constitucional que haya establecido el Tribunal, ya que como se ha mencionado previamente, la norma imperativa que obliga al juzgador a decidir de determinada manera, no puede ser soslayada por un operador jurídico de instancias inferiores. Es en este momento en el que ingresa la variante propuesta para motivar una excepcionalidad a lo ya planteado por el Tribunal.

En términos prácticos, el juzgador está por realizar un apartamiento de lo dictado por el Órgano Constitucional, y para ello deberá calificar los hechos que han suscitado la comparación del caso 2 (caso presente) con el caso 1 (precedente vinculante). Es en este punto, donde remarcamos la importancia de los hechos dentro de un sistema de precedentes, sin importar la familia jurídica en la que se encuentre o la tradición normativa de la que provengan los juzgadores que utilicen y apliquen este tipo de normas.

Bajo estas premisas, la Corte Constitucional de Colombia concluye lo siguiente respecto a la identidad del precedente y la valoración del juez posterior, señalando lo siguiente respecto al tema:

> Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes[12]

En este sentido, si las reglas emitidas por el máximo intérprete terminan siendo normas de puro derecho que no suelen ser la *ratio decidendi* que resuelva el caso y, además, generan normas de obligatorio cumplimiento que no tienen relación con la estructura fáctica de la controversia planteada[13], se vuelve cuestionable que un juzgador de primera o segunda instancia, al que no se le habilita un espacio de discrecionalidad constitucional necesario y que, además, no cuenta con reglas objetivas para identificar lo mencionado anteriormente pueda establecer un parangón adecuado entre el precedente que considera es el pertinente a su caso.

La indeterminación planteada demuestra un vacío entre la técnica de apartamiento establecida por el Tribunal Constitucional y la aplicación por

[12] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-292 de 2006

[13] Caso Maximiliano Villanueva Valverde. Exp. Nro. 0168-2005-PC/TC. La controversia se basaba en determinar si el demandante logró el punto de contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992. El Tribunal declara infundada la demanda, evaluando las resoluciones presentadas donde constata la fecha y evaluando los postulados de las diversas normas referidas al aspecto previsional. Sin embargo, luego de evaluar los hechos, dictamina un precedente referido a los requisitos para habilitar una adecuada demanda de cumplimiento.

parte de los jueces, ya que se suman factores como: i) la inadecuada técnica de elaboración del máximo interprete, ii) la carencia en la educación constitucional de los jueces peruanos y, iii) la deformación desproporcionada de la teoría del precedente dentro del ordenamiento jurídico nacional (relativo a los hechos del caso).

Esta zona gris se convierte en obstáculo complejo de superar para los operadores jurídicos; sin embargo, la preponderancia de la labor interpretativa, la variación del precedente vinculante por el PAP y la herramienta auxiliar que desarrollaremos más adelante, se vislumbran como una respuesta interesante ante la obediencia sesgada y el desconocimiento descomunal.

4.2 La labor interpretativa del juez

4.2.1 El operador jurídico y la creatividad

El ser humano ha creado diversos ordenes lógicos-racionales para configurar estructuras que se adapten a la idea de Estado, sociedad, ley, entre otras figuras. Esto quiere decir que el ser humano es el generador de las circunstancias regulares que se desenvuelven en el mundo, exceptuando a las que por causas naturales aparecen en la vida cotidiana. Bajo esta percepción, es el ser humano quien resuelve en última instancia sobre las situaciones que se suscitan en el quehacer diario.

Para la mejor comprensión y adaptación de las diversas culturas y cosmovisiones que hay sobre la vida, se estableció un sistema de normas que compatibilicen a estas formas de ver y afrontar la existencia humana,

manteniendo un orden y configurando posibles consecuencias que menoscaben sus derechos en favor de la tranquilidad social.

En este aspecto, Moreso (2014) desarrolla la dinamicidad de los sistemas normativos, cuando refiere lo siguiente:

> (…) se han considerado los conjuntos de normas jurídicas como conjuntos estructurados por la relación de deducibilidad. De esta forma se han contemplado los sistemas jurídicos como sistemas estáticos, esto es, como sistemas que contienen todas sus consecuencias lógicas. Sin embargo, es un hecho notorio que el derecho cambia a través del tiempo, que existen actos de creación (promulgación) y actos de eliminación (derogación) normativa. Se sostiene, en virtud de ello, que los sistemas jurídicos son sistemas dinámicos. (pág. 125)

La resolución de los conflictos que suceden entre personas es efectuada por otras personas que han sido capacitados en el estudio de las leyes y en las formas de interpretación de las mismas. Es por ello que, como método básico, se usa la aplicación de una norma ante una situación controvertida; sin embargo, cuando una norma no soluciona el problema o existe un vacío normativo dentro del sistema legal, el juez está obligado a utilizar otras herramientas, ya que su función principal, siempre será, resolver los conflictos planteados.

La importante labor del juez en el Estado Constitucional la resalta Morales Godo (2010), cuando realiza la comparación con el Estado tradicional y refiere los siguientes apartados respecto a la labor del juez y sus herramientas:

> En un Estado Constitucional, cobra preponderancia su actuación. La norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador.
>
> (…)
>
> En un Estado constitucional, la interpretación es un tema esencial. Los métodos de interpretación en general son útiles para encontrar los argumentos que justifiquen una decisión. Ningún método es mejor que el otro. Todos los métodos son buenos si nos brindan los argumentos para justificar una decisión que debe ser razonable, socialmente aceptable y justa. (pág. 15)

4.2.2 La importancia de la interpretación

Todas aquellas personas que se encuentran dentro del andamiaje legal utilizan la interpretación para fundamentar sus argumentos y relacionar criterios que se decanten en una conclusión que defienda o refuerce su postura. No obstante, la más importante de las interpretaciones es la que realiza el juzgador al momento de decidir.

El rol del juez dentro de un proceso se vuelve una perogrullada para quienes consideran que la imparcialidad, objetividad y racionalidad son las características fundamentales de cualquier resolución de conflictos entre seres humanos. Es por ello que, cuando la aplicación de la norma no permita resolver la controversia, el juez debe utilizar entre otras variantes, la

interpretación como recurso válido para desarrollar su función de manera óptima.

En este punto MacCormick (2017) realiza anotaciones sobre el concepto de interpretación restringida, apuntando que:

> Una concepción más estrecha o estricta de la interpretación es más útil y pertinente para el estudio del razonamiento jurídico. Según este sentido solo “interpretamos” cuando nos encontramos en una ocasión de duda sobre el significado, seguida por una resolución de esa duda en referencia a algunas razones que respaldan la manera preferida de resolverla. Esta eliminación reflexiva de la duda debe distinguirse de la simple comprensión inmediata de un texto. (pág. 216)

En este sentido, si es el juzgador una pieza trascendental en el proceso judicial y la interpretación forma parte de las variantes que maneja para resolver un conflicto jurídico, siendo aquella un desprendimiento de la fundamentación razonada, objetiva e imparcial (características del proceso), es inevitable su uso para argumentar sentencias y apoyar sus decisiones en razonamientos lógicos y acordes con el ordenamiento jurídico.

4.2.3 El Sistema de Altas Cortes y su influencia

El Perú ha adoptado un sistema de altas cortes para poder definir las controversias jurídicas que se plantean. En principio, este sistema contribuye a la satisfacción plena del derecho a la pluralidad de instancias y refuerza la credibilidad respecto a la fundamentación en las decisiones jurídicas que se emiten.

Asimismo, este sistema cuenta con una serie de requisitos para los profesionales que optan a los cargos de Magistrados, lo cual confluye a la creencia de que, dentro de las altas cortes, se encuentran los profesionales más duchos en lo que al sistema normativo se refiere.

Ahora bien, nuestros legisladores han extraído la configuración de diversos modelos judiciales y los han importado con la finalidad de infundir más objetividad, diseminar el poder y descentralizar las decisiones evitando así influencias externas que puedan generar desconfianza en la población respecto a sus autoridades judiciales.

En este contexto judicial, se introdujo la figura del precedente vinculante constitucional, que se ha acuñado como una regla tajante que no se emite en ningún otro lado más que en un Tribunal no perteneciente al Poder Judicial y que no permite discrecionalidad a los jueces del sistema judicial adherido a dicho Poder del Estado, aun cuando esta resulte necesaria para promover las justificaciones judiciales y erradicar los automatismos de reglas que no se condicen con la teoría constitucional del precedente vinculante, simplemente porque hayan sido emitidas por cortes superiores.

Según lo menciona Blume (1996), el Tribunal Constitucional mantiene diversas funciones por su esencia:

> En este orden, es el Tribunal Constitucional Peruano el ente que ejerce el control de constitucionalidad concentrado, abstracto y derogatorio de las normas impugnadas por alguna causal de inconstitucionalidad, sea de forma, (cuando no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución)

> o de fondo (cuando contravengan la Constitución en el fondo); para lo cual debe realizar el análisis de constitucionalidad.
>
> Ahora bien, siendo la constitucionalidad aquel vínculo de armonía y concordancia plena que debe existir entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico (tanto en cuanto a la forma como al fondo) que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, y que es consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico; el análisis de constitucionalidad será precisamente el análisis, valga la redundancia, de ese vínculo de armonía y concordancia plena. (pág. 326)

Debemos reiterar que ha sido el propio Tribunal quien ha desechado (empíricamente) la importancia de los hechos y ha exhortado a cumplir sus precedentes de manera obligatoria.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado la obligatoriedad del precedente mencionando que “El precedente constitucional 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 alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”[14]. Si bien, esta obligatoriedad se encuentra condicionada a la similitud entre los casos presentados, el Tribunal, en la práctica, ha

[14] Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 00024-2003-AI/TC. Promulgada el 10 de octubre de 2005.

desechado los matices a considerarse en cada caso, los cuales pueden modificar la estructura fáctica y en consecuencia el razonamiento aplicable.

De esta manera, se ha reducido el campo de acción resolutivo de los jueces de primera y segunda instancia, ya que si los hechos no son relevantes para la emisión de precedentes vinculantes por los Magistrados del Tribunal Constitucional y su cumplimiento tiene un carácter imperativo, aquella composición básica de una norma en la cual el juez evalúa el supuesto de hecho para utilizar la norma (precedente), termina siendo tergiversada por la equívoca adecuación de esta figura a nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, ante la invalidez de la primera opción por excelencia para los jueces, como lo es la subsunción, la característica de imperatividad del precedente anula las variantes de las que gozaba el juez para resolver controversias.

Por el contrario, en un escenario idóneo, cuando un precedente no es adecuable a los hechos suscitados, se presenta la oportunidad de que el juez desarrolle una fundamentación que disipe las dudas respecto a la similitud de los hechos sucedidos y los hechos caso precedente, utilizando formas interpretativas para dar una respuesta coherente respecto a las diferencias encontradas y la resolución del asunto en cuestión.

4.2.4 La discrecionalidad responsable en procura de la seguridad jurídica

Si bien se argumenta a favor de mayor discrecionalidad para el juez dentro de un sistema con herramientas que sean persuasivas (en un nivel alto) más que imperativas, también se exhorta a la responsabilidad en relación a ceñirse a las pautas de aplicación del PAP para no afectar la seguridad jurídica.

Debemos señalar que la seguridad jurídica es un principio fundamental del ordenamiento jurídico y se encuentra reconocida en la Carta Magna, precisamente, mucho de los argumentos a favor del precedente vinculante se basa en la seguridad jurídica. Sin embargo, este principio funciona como un viabilizador predispuesto al cumplimiento de otros valores, como lo es la justicia.

En este sentido, Pérez Luño (2000) expresa el concepto jurídico de la seguridad jurídica:

> La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado al Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva. (pág. 28)

Reconociendo que existe una defensa fundamental de la estabilidad del sistema legal y la previsibilidad para los receptores del mismo, también se debe reconocer que un sistema que introduzca normas con deficiencias elaborativas y obstáculos difícilmente esquivables para los juzgadores de instancias inferiores, deteriora la calidad de las decisiones y, en consecuencia, deforma la estabilidad jurídica porque se está atacando

valores fundamentales como la justicia o derechos fundamentales como el derecho a la verdad.

Así lo expresa Lifante Vidal (2013), desarrollando la instrumentalidad de la seguridad jurídica y su valor de previsibilidad, señalando lo siguiente:

> La existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva.
>
> Cualquier análisis sobre las implicaciones de la seguridad jurídica debe entonces partir de la consideración de que se trata de un valor en la medida en que es un instrumento para la consecución de otros fines que consideramos valiosos: en términos individuales, el desarrollo de la autonomía personal; y en términos sociales, el formar parte del entramado institucional que posibilita el desarrollo de los derechos humanos, o, dicho de otro modo, el desarrollo de la justicia. (pág. 87)

Es por ello que, una alternativa al precedente vinculante, que valore los hechos y otorgue un test de aplicación del precedente a los operadores jurídicos, genera una mayor satisfacción a la producción de normas que prioricen el valor justicia y el respeto de los derechos fundamentales. Actuando de esta manera, la labor interpretativa del juez y su relevancia en la toma de decisiones será mayor y dejará de actuar como autómata que solo

replica lo que mencionan sus superiores, sin críticas constructivas y olvidando su función principal: impartir justicia.

4.3 La vinculatoriedad del PAP

4.3.1 Una nueva perspectiva de persuasión

El PAP se manifiesta como una figura jurídica que refuerza la vinculatoriedad de la *ratio decidendi*, sin llegar a un nivel de obligatoriedad máximo, esto quiere decir que, el nivel de persuasión se considera alto en relación a las refutaciones que podría concebir cualquier juzgador que analice el precedente.

Sin embargo, cabe resaltar que la utilidad del PAP se basa en la relevancia de los hechos. La comparación entre los hechos del caso posterior y el caso precedente se vuelve vital para el uso de la norma (precedente). Asimismo, la identificación de una conceptualización de la *ratio decidendi* es básica para considerar qué es lo que realmente se decide y será merituado en próximas controversias.

Respecto a los hechos, Lord Halsbury, manifestó en el fragmento inicial del voto emitido en el caso Quinn vs Leathem (1901), lo siguiente:

> Cada sentencia debe ser leída a la luz de los hechos efectivamente probados o que se dieron por probados en el caso concreto, en razón a que las expresiones de carácter general que pueden encontrarse en una sentencia, en manera alguna pretenden expresar el Derecho en su totalidad sino que simplemente pretenden regular ese específico caso y por ende están limitadas por los hechos particulares del caso en el cual fueron expresadas.

Respecto a la definición de precedente y la determinación de la *ratio decidendi*, que es lo exigible, Zaneti Jr. (2015) refiere la siguiente acotación:

> Los precedentes judiciales, tal como entendemos en este trabajo, consisten en el resultado de la densificación de normas establecidas a partir de la comprensión de un caso y sus circunstancias fácticas y jurídicas. En el momento de la aplicación, de este caso – precedente, analizado en el caso actual, se extra la ratio decidendi o holding como el núcleo del precedente. Se trata, por lo tanto, de la solución jurídica explicitada argumentativamente por el intérprete a partir de la unidad fáctica-jurídica del caso-precedente (material facts sumados a la solución jurídica dada para el caso) con el caso-actual. (pág. 428)

Debemos señalar que la construcción del PAP se inicia en contraposición a la deficiente elaboración del precedente vinculante, a la nula participación de los juzgadores posteriores, a la futilidad que se les ha otorgado a los hechos y a la oscuridad de un concepto claro sobre *ratio decidendi*.

En relación a la carente técnica de elaboración y el mal uso del precedente, el maestro García Belaunde (2014), señala lo siguiente:

> Lamentablemente, el Tribunal Constitucional peruano ha adoptado una versión totalmente distinta –y en veces contraria- a la institución originaria y ha creado con un puro voluntarismo una cadena de precedentes elaborados de un solo plumazo, y con pretensiones de imposición casi autoritaria al resto de los operadores jurídicos. Y por cierto, sin mayor elaboración teórica. Y si bien nominalmente son muy pocos (no más de cincuenta) en la práctica todos los criterios

> apuntados en las sentencias, que son miles, pueden en su momento ser relevantes y definitivos para solucionar situaciones futuras. Y aún más son invocados por las partes para sus propios fines. (pág. 707)

Así, la propuesta en cuestión se desarrollará de la siguiente manera:

a. El PAP se conceptualiza como la regla basada en principios jurídicos (*ratio decidendi*) que, con relación a los hechos del caso concreto, es primordial para decidir el caso en cuestión y tendrá efectos altamente persuasivos para los órganos judiciales y otros organismos del Estado.
b. Debemos señalar que, la vinculación se garantiza a través del cumplimiento de los niveles establecidos en un test. Si se incumple con la realización del test para argumentar el uso de un PAP, habrá una afectación directa al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el juez(a) se encontrará sometido a las sanciones respectivas.
c. En sede del Tribunal Constitucional, el PAP se fundamenta en el derecho de todos los justiciables a una debida motivación de las resoluciones judiciales, la autonomía procesal, la división de poderes y la imparcialidad judicial.

4.3.2 Similitudes y diferencias entre el PAP y el precedente vinculante

Dentro de las similitudes más resaltantes se encuentran las siguientes:

- Lo establece el Tribunal Constitucional.
- Solamente (en el ámbito jurisdiccional) el Tribunal Constitucional puede variar el PAP.

Entonces, respecto al establecimiento del precedente, es el Tribunal Constitucional quien lo realiza y su procedimiento inicia con la recepción de

un caso concreto por parte del máximo intérprete, donde se evaluarán los hechos y, si hay necesidad de pronunciar un precedente, según los supuestos para la emisión de este, se emitirá una regla que determine la resolución del caso (siempre con relación a los hechos).

Si bien se han elaborado críticas a la técnica actual de elaboración de los precedentes vinculantes, consideramos que son las cortes de cierre las que deben establecer las líneas jurisprudenciales dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual continuaremos con el modelo que se ha venido utilizando hasta el momento con relación a la emisión de los precedentes.

Lo mencionado se desarrolla en relación a que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y es quien tutela los derechos fundamentales con un mayor grado de minuciosidad respecto a sus facultades y obligaciones, por tanto, es necesario que sea el Tribunal quien sea el emisor de normas constitucionales que generen seguridad y estabilidad dentro del ordenamiento jurídico peruano.

El máximo intérprete ha definido su labor de la siguiente manera en el caso Ramón Salazar Yarlenque:

> A raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el concepto de precedente constitucional vinculante. Ello comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para

la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros[15]

Por su parte, dentro de las diferencias se pueden realizar las siguientes observaciones:

- La aplicación del PAP por parte del Poder Judicial será realizada a través de un test obligatorio en todos los casos en que la decisión se sostenga en el PAP por iniciativa del juez o el PAP haya sido alegado por las partes en sus argumentos.
- El PAP, cuando sea aplicado y la resolución no haya sido impugnada, esta será revisada por la Corte Suprema.
- El PAP, en su dación y aplicación, tiene como fundamento el derecho de motivación a las resoluciones judiciales (motivación cualificada).

4.3.3 Otras consideraciones referentes al PAP

Para la emisión de un PAP deben exigirse requisitos y supuestos necesarios que permitan el uso adecuado de esta figura jurídica.

Los requisitos son:

(i) Que la regla extraída sea necesaria para la resolución del caso concreto en relación con los hechos.

(ii) Que se encuentre dentro de uno de los siguientes supuestos de determinación para que una regla sea considerada un PAP:

a. Cuando exista conflicto conceptual entre los diferentes grados judiciales respecto a las interpretaciones realizadas por una

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. Nro. 3741-2004-AA/TC. Fundamento Jurídico 36. Emitida el 11 de octubre de 2006.

disposición constitucional o norma que pertenezca al bloque de constitucionalidad.

b. Cuando exista un vacío normativo que afecte directa y de manera considerable el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

c. Para la variación de un PAP (constitucional). En este caso, debe cumplir con el requisito de que la nueva regla o principio resuelva el caso analizado; asimismo, se debe identificar el defecto del PAP que se deroga en relación con su técnica de elaboración y explicar las razones a favor del cambio de PAP.

Los precedentes altamente persuasivos son aplicables para los casos constitucionales que lleguen al Poder Judicial, y solo se podrá apartar del precedente a través de un test que deberá ser aplicado en todos los casos, sin excepción alguna, cuando la fundamentación judicial vaya o pueda ser sostenida con un PAP por iniciativa del juez o el PAP haya sido alegado por las partes en sus argumentos.

4.4 El test de aplicación del PAP

4.4.1 La variante más rigurosa a la amplia discrecionalidad

A lo largo de este trabajo, se ha hecho hincapié en los automatismos desproporcionados generados a nivel judicial, debido a un sistema imperativo donde se obliga al juez a aplicar la norma sin utilizar márgenes de discrecionalidad en donde pueda considerar distintas variantes más convenientes a los matices de su caso.

Asimismo, en un sistema donde las reglas sean emitidas en altas cortes, es pertinente señalar que la subjetividad de una u otra manera formará parte de

las decisiones judiciales, en base a las corrientes doctrinarias o filosóficas que ostenten los decisores.

En este punto, es importante relacionar el grado de consciencia para la toma de decisiones y su relación con el ego (ego intelectual) en el cual las elecciones no serán aceptadas como “erradas”, mucho menos rebatidas, ya que hay una estrecha relación entre lo que se decide bajo conocimiento y la relación emocional con eso que definimos como ego. En este punto, es importante mencionar lo que refiere Simón Pérez (2001):

> La conciencia toma sus decisiones a instancias del ego. Ella vive, hasta cierto punto, como subyugada, seducida o cautivada por el ego. Esto puede expresarse de manera negativa (pero muy aclaratoria) diciendo que la conciencia, que es, desde luego, una especie de máquina de comprensión, no comprende, no ve o no es capaz de percibirse a sí misma como distinta del ego. Es decir, que las estructuras neurales que sustentan a la conciencia no son capaces de identificar a la memoria del ego como algo distinto de su propia actividad
>
> (…)
>
> Nos encontramos pues ante una situación de dependencia en la que la conciencia pone su actividad al servicio de la información proveniente del ego (pág. 210)

En esa mecánica del ego, se ha marginado la esencia judicial de fundamentación de jueces de instancias inferiores y de complementar con sus propios argumentos, además, se ha olvidado que las adecuaciones de figuras

jurídicas o los trasplantes de otras familias legales deben incluirse en la idiosincrasia nacional, específicamente en la judicial.

En este punto, es necesario hacer una revisión sobre lo que acota León Pastor (1996), sobre la cultura judicial peruana:

> De todo lo expuesto, podemos señalar a manera de apretado resumen, que la cultura judicial vigente hoy en el Perú, mantiene lazos de continuidad con el estilo judicial prevaleciente en el país desde la década de los 70. Nuestros jueces ven el Derecho como conjunto de normas positivas emitidas por el Congreso y el Poder Ejecutivo y entienden la administración de justicia como la aplicación (literal en la mayoría de las ocasiones) de dichas leyes a casos particulares, sin establecer la conexión entre esos casos y los problemas y necesidades sociales globales. Su capacitación profesional es limitada y su independencia constantemente amenazada por el poder político, económico y las relaciones sociales. (pág. 29)

Ahora bien, todas estas indicaciones cobran sentido anteponiendo la realidad de que existen casos diversos y que, si bien es necesario crear y mantener líneas jurisprudenciales, no podemos soslayar que existirán siempre casos cuyas particularidades deben permitir una motivación judicial idónea al caso en concreto, pero siempre dentro de un procedimiento objetivo.

Ante estos hechos es que el PAP permite que los juzgadores encuentren mayor espacio de desarrollo argumentativo relacionado a su criterio y a los

hechos del caso, no obstante, es necesario que haya un procedimiento objetivo que guíe al juez en su razonamiento.

En muchos casos, en el Perú se desarrolla la figura del *distinguishing*, como elemento jurídico trasplantado de la familia anglosajona. Para reconocer si verdaderamente se aplica la figura mencionada en el Perú, debemos identificar su concepto y la forma como se utiliza.

Precisamente, valiéndonos del concepto desarrollado en su oportunidad, de la forma en la que se aplica y las diferencias notables que se identifican con la manera como se ha usado en nuestro país, es que consideramos que hay un concepto oscuro o poco determinado respecto a este elemento legal. Dicho de otro modo, no puede esperarse que un juez con una carencia considerable de una materia relativamente nueva sepa aplicar una figura jurídica de otra familia normativa, separando las diferencias que existen entre esta y la nuestra.

Es en este contexto difícil de digerir y poco alentador que, a la propuesta del PAP, lo acompaña un test de aplicación, que será el procedimiento más cercano a la representación del *distinguishing* en el ordenamiento jurídico peruano.

4.4.2 Test de aplicación

El test de aplicación respecto al PAP se realizará de la siguiente manera:

- Primer paso: identificación de los hechos relevantes del caso.
- Segundo paso: Comparación con los hechos del caso del PAP.

- Tercer paso: Identificación del grado de afectación del derecho, en comparación con el grado de afectación de los derechos vulnerados en el caso PAP.
- Cuarto paso: Aplicación del PAP o motivación cualificada del apartamiento del PAP. En el último caso se debe fundamentar con relación a la conclusión de los pasos anteriores.

Respecto a los pasos a seguir para la aplicación del test por parte de los juzgadores, se ha elucubrado criterios de evaluación para su aplicación e inaplicación del PAP:

a. Criterios de evaluación del primer y segundo paso

   Para la aplicación del PAP

   - Igualdad entre los hechos relevantes.
   - Similitud de la mitad o más entre los hechos relevantes del caso futuro y el caso PAP.
   - Nuevos hechos que no modifiquen la conclusión.

   Para la inaplicación del PAP

   - Diferencia entre los hechos relevantes.
   - Similitud menor a la mitad de los hechos relevantes del caso futuro y el caso PAP.
   - Nuevos hechos que modifiquen la conclusión.
   - Ausencia de hechos relevantes del caso PAP.

b. Criterios de evaluación del tercer paso

   Para la inaplicación del PAP

   - Consideración de la evaluación realizada por el Tribunal sobre la afectación del derecho alegado por las partes en el caso PAP

- Consideración de si la afectación es menor, igual o mayor que en el caso PAP que en el caso actual.
- Verificación de si, en el caso actual, se encuentran nuevos valores, principios o derechos constitucionales en colisión con los derechos protegidos por el PAP (estos valores, principios o derechos para ser nuevos, no deben formar parte del caso PAP).

Es necesario que se le otorgue al juzgador los parámetros más objetivos posibles (dentro de las posibilidades humanas) para la identificación o reconocimiento de una afectación a un derecho fundamental. Debemos entender que mientras más exacta sea la forma de reconocer una afectación al contenido constitucionalmente protegido de un derecho, más cercanos estamos a alcanzar la satisfacción del valor justicia y a la producción de mejores sentencias judiciales.

Bajo este aspecto, el razonamiento jurídico debe ser lo más aceptable posible dentro de la justificación normativa que se desarrolle. Sobre lo dicho Aarnio (2016), señala lo siguiente:

> La aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos. A su vez, por lo que respecta a su naturaleza, la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de comunicación humana. (pág. 284)

Es en esa línea que, elaboramos el cuarto paso al test de aplicación, que se basa en el reconocimiento de la afectación de un derecho, de acuerdo a lo expuesto previamente.

De esta manera, la propuesta presentada nos permite desarrollar diversos niveles objetividad y, a la vez, otorgar simpleza en el procedimiento de elaboración y ejecución.

4.5 El deber de motivación cualificada del apartamiento del PAP

4.5.1 La exigencia de fundamentación jurídica

Como ya hemos referido, la importancia del derecho a motivar las resoluciones judiciales es una exigencia propia de un proceso que resguarda las garantías constitucionales vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, fortalece la credibilidad judicial de los juzgadores y genera confianza en los justiciables.

El deber de motivación es exigible en todos los niveles públicos donde el ciudadano necesita una respuesta del Estado, ya que, si no fuera así, la arbitrariedad sería la regla dentro de un universo de cuestionamientos.

Es así que el Tribunal Constitucional se ha referido en diversas sentencias sobre el derecho a la motivación:

> La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138°

de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.[16]

Ahora bien, la afectación a la motivación judicial puede tener distintas causales, manifestarse de diversas maneras, lo que quiere decir que, no solamente la carencia de la misma es una vulneración evidente, sino que también, se puede afectar este derecho de diversas formas.

El no uso del PAP, podría afectar derechos fundamentales, por tanto, se necesita una motivación cualificada para su apartamiento. El máximo intérprete explica lo que sería una afectación de este tipo de la siguiente manera:

(…)

f. *Motivaciones cualificadas.* Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.[17]

Es por ello que, ante las diversas formas de vulnerar este derecho, se suele solicitar diferentes grados de motivación dependiendo de la importancia

[16] Tribunal Constitucional. Sentencia N.° 07222-2005-PHC/TC. Fundamento Jurídico 2. Pronunciada el 29 de agosto de 2006

[17] Tribunal Constitucional. Sentencia N.° 00896-2009-HC/TC. Fundamento Jurídico 7. Pronunciada el 24 de mayo de 2010

jurídica de la cuestión en definición. En ese sentido, entra a tallar la razonabilidad y proporcionalidad dentro de los razonamientos que se puedan emitir.

4.5.2 Razonabilidad y proporcionalidad

Todo enunciado jurídico debe caracterizarse por la razonabilidad de sus fundamentos y la proporcionalidad de las medidas que dispone. Se sabe bien, que cuando se utiliza una medida en favor de algún objetivo particular para concretar un fin, siempre habrá una afectación a otro derecho o bien constitucional.

Asimismo, el carácter lógico y plausible de los argumentos desarrollados por los seres humanos, debe denotar efectividad y vigencia en cualquier escenario en el cual se le analice.

En relación a la razonabilidad que debe existir en todo constructo jurídico, Rubio Correa (2005) refiere lo siguiente:

> (…) exige encontrar justificación lógica (en los hechos, conductas y circunstancias que motivan el acto), y esta es la disciplina de lo que es racionalmente demostrable. En general, y dentro del uso común, se utiliza la expresión “justificación lógica” no solo para lo que es racionalmente demostrable, sino también para lo que, sin cumplir tal requisito, es aceptado generalmente y se conoce como tópica. (pág. 251)

En ese sentido, sobre el principio de razonabilidad, el autor agrega lo siguiente:

> De esta manera, podemos decir que el principio de razonabilidad exige que las conductas – o, en términos jurídicos, los actos –, para dar el significado de contenido voluntario que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias, deben cumplir el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante (pág. 242)

La diferencia con el principio de proporcionalidad se puede definir en que el principio de razonabilidad constituye un paso previo a la evaluación de la proporcionalidad que se realiza para elaborar cualquier justificación. Lo explica claramente Indacochea Prevost (2008), respecto a esta diferenciación:

> Teniendo en cuenta que la razonabilidad implica evaluar una determinada medida desde el punto de vista de su justificación racional, consideramos que debe ser entendida como un paso previo al análisis de proporcionalidad, que consista en verificar que toda medida que límite o restrinja la libertad o los derechos fundamentales, se encuentre justificada en la consecución de un fin legítimo. En tal sentido, la razonabilidad permitiría rechazar todas aquellas medidas que carezcan totalmente de explicación, que sean manifiestamente absurdas o que se justifiquen en la búsqueda de objetos proscritos por nuestro texto constitucional, de manera explícita o implícita. (pág. 107)

Estos pasos lógicos son los que se requieren dentro de un enunciado jurídico que resuelva controversias, sobre todo, si en estas controversias se discuten sobre contenido constitucional, lo que sucede en casos que incorporan un precedente.

Desde esta perspectiva, tanto la emisión de un precedente como la separación del mismo, debe desarrollar una motivación que se configure con los elementos mencionados (razonabilidad y proporcionalidad), pues si bien es vital realizar un “test de aplicación” que nos permita verificar, paso a paso, si es correcta la subsunción del PAP o no lo es, también se vuelve primordial que ante el apartamiento definitivo, se realice una motivación contundente respecto a la inutilidad del PAP en el caso analizado.

4.5.3 La defensa de los derechos fundamentales en la motivación

Los derechos fundamentales componen la estructura básica del plexo normativo y es contenido invariable de la Constitución, lo cual nos asegura su vigencia, eficacia y materialidad.

Diagramando una estructura conceptual metapolítica de los derechos fundamentales, Ferrajoli (2006) refiere lo siguiente:

> Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la

> supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente. (pág. 118)

Desde el aspecto judicial, la Corte Constitucional de Colombia ha dado una conceptualización concisa de los derechos fundamentales reconocidos por su ordenamiento:

> Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia -aún de su concepción - y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo ésta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.[18]

Conociendo la trascendencia de los derechos fundamentales, es donde la urgencia de su defensa, a través de resoluciones judiciales que garanticen la no intromisión de afectaciones gravosas a los mismos, se califica como resaltante. El juez debe considerar que, el no subsumir su caso en un PAP,

[18] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Nro. T-571/92. Pronunciada el 26 de octubre de 1992.

lo hace con la intención de proteger las expectativas de justicia de una persona y en pro del derecho que sustenta como afectado.

Por tanto, al momento de emitir una separación del PAP por no haber superado los pasos respectivos del test de aplicación, el juez no solamente deberá emitir una motivación razonable y proporcional; sino también, argumentará en favor de la protección adecuada de los derechos fundamentales, esto quiere decir, profundizará sobre la afectación (al derecho fundamental) que ha evitado se suceda y el resguardo de los derechos fundamentales que ha impulsado con su decisión.

4.5.4 La necesidad de un test de aplicación para fortalecer la motivación

A lo largo de este trabajo hemos expuesto las limitaciones de las decisiones judiciales de primeras instancias en la aplicación de los precedentes vinculante. Asimismo, hemos resaltado las causas de estas carencias; sin embargo, mediante un derrotero teórico-empírico, buscamos una alternativa satisfactoria al sistema judicial peruano.

Antes de recalcar el desarrollo de la motivación cualificada como una exigencia, debemos señalar que, conociendo la cultura jurídica nacional, el nivel de discrecionalidad no puede ser extenso ni desproporcionado, pues esto llevaría a que la exigencia de motivación cualificada se desvirtúe en relación a los fines del criterio judicial que aplique el juzgado de primeras instancias, en ese sentido, es necesario señalar algunas precisiones respecto a coacción de la utilización del test de aplicación en el PAP.

Se puede considerar que retirar el nivel de vinculatoriedad al precedente, dejaría el campo abierto para el uso y desuso indiscriminado del PAP. Ya

hemos señalado que ante la carencia de una formación jurídica que respete las decisiones de los superiores jerárquicos, se suelen cometer excesos. En ese sentido, se propone que, si bien no se sancionará la inaplicación del precedente, sí se podrá sancionar en casos específicos la no utilización del test de aplicación. Concretamente, en los siguientes casos:

- Cuando las partes invoquen un precedente en sus argumentos jurídicos.
- Cuando la Sala identifique un precedente que haya sido el idóneo para resolver el caso.

Nótese que, el requisito pasa por la aplicación del test y no por el criterio de evaluación dentro del mismo.

De esta manera, se encuentra finiquitada la propuesta de una exigencia judicial por emitir una resolución con una motivación cualificada ante la separación de un PAP. Asimismo, la garantía del uso del test nos permite considerar que no existirá un espacio arbitrario para decidir en qué casos utilizarlo y en cuáles no.

La objetividad de un test de aplicación que permita reconocer al justiciable si es que el juez ha realizado un trabajo adecuado respecto a sus pretensiones y la idoneidad de la norma aplicada o inaplicada, resulta un gran avance dentro de nuestra ciencia, ya que permite una subsunción correcta del precedente y, al mismo tiempo, un cambio de paradigma respecto a la valoración de los hechos.

CAPÍTULO V: EL TRÁMITE DE REVISIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ALTAMENTE PERSUASIVO EN SEDE JUDICIAL

5.1 La desconcentración de poder como garantía de imparcialidad

5.1.1 El Poder como herramienta de convencimiento

En la historia de la humanidad, se ha evidenciado la búsqueda de dos grandes concepciones: la verdad y el poder. Estas búsquedas han logrado cosechas de grandes avances para la humanidad en diversos ámbitos; pero también, innumerables contiendas bélicas por la hegemonía de las mismas. Asimismo, las relaciones humanas han generado una dinámica vertical entre ellos mismos que se manifiesta de diversas maneras.

Como bien ensaya Foucault (2013), cuando desarrolla las construcciones de poder que hay entre las diversas relaciones que se generan en una sociedad, en diversos niveles y grados, estas se pueden expresar de la siguiente manera:

> Sí, son las relaciones de poder. Como usted sabe, las relaciones de poder son las que los aparatos de Estado ejercen sobre los individuos, pero asimismo la que el padre de familia ejerce sobre su mujer y sus hijos, el poder ejercido por el médico, el poder ejercido por el notable, el poder que el dueño ejerce en su fábrica sobre sus obreros. (pág. 42)

Centrándonos en el poder como herramienta de cambio de concepciones en la humanidad, quien lo detenta logra captar no solo la atención de los receptores, sino que, indirectamente, invalida las corrientes alternas que contradigan, de una u otra forma, su posición. Esto quiere decir que, la fuente

principal de conocimiento, costumbres y, en general, inserción de diversas maneras de cultura, siempre será de quien ostenta la facultad de hacer y deshacer dentro de su campo de acción y con la aseveración de los demás.

Así, cuando Foucault (2012) expresa la concepción del poder dentro de las mismas relaciones humanas, expresa lo siguiente respecto a su germinación:

> Quería saber, por tanto, de qué manera ese haz de relaciones de poder que encerró la locura y la definió como enfermedad mental podía ser otra cosa que una pura y simple relación de poder, una pura y simple afirmación tautológica del tipo: yo, la razón, ejerzo el poder sobre ti, la locura. De que manera, al contrario, podía nacer una relación de poder dentro de una transformación muy diferente que era al mismo tiempo la condición para que esas relaciones y esos procesos económicos pudiesen reglamentarse, controlarse, y así sucesivamente. Quería precisamente mostrar la heterogeneidad del poder, es decir, el hecho de que siempre tiene origen en otra cosa y no en sí misma[19]. (pág. 119)

En este punto, queda claro que la responsabilidad del sujeto que se sabe poderoso, ya sea por elección popular, designación de la norma o costumbre cultural, es vital para la correcta administración del mismo. Lo mencionado, no quiere decir que no existan errores o desaciertos en la proyección de sus acciones cuando ejecuta el poder; sino que, el grado de virtud respecto a sus obligaciones, las opiniones contrarias, la administración de voluntades

[19] En el párrafo citado, el autor expone la concepción del poder respecto a un tema que siempre ha estudiado como es la historia, origen y representación de la locura.

distintas respecto a conflictos sociales que encierran circunstancias de diversas personas, debe acercarse a lo funcional y éticamente correcto.

Ahora bien, es claro que existe una variedad de sistemas políticos y jurídicos en donde se encarga a instituciones o representantes, gestionar y dictar directivas en favor de la comunidad y lograr con ello aterrizar el poder que la fuerza socio-jurídico les ha alcanzado. Sin embargo, es necesario reseñar que la concentración de las facultades, funciones u obligaciones casi nunca termina siendo la respuesta satisfactoria a los problemas estructurales de una sociedad.

Los conflictos estructurales terminan desgastando a las instituciones, que carecen de recursos en distintas áreas. Asimismo, la polarización que generan diversas controversias logra encerrar en una encrucijada a los representantes que, si bien intentan mantener el profesionalismo y resolver conforme a sus conocimientos y convicciones, sus opiniones se suelen degenerar por presiones externas que directa o indirectamente afectan el desenvolvimiento de los funcionarios.

En este punto, es trascendental comprender que una de las características que facilita la democracia del poder y asegura nuevos aportes al tratamiento de este, es la renovación de las autoridades.

Sobre lo mencionado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específica sobre la relevancia de alternancia del poder y que ningún puesto es vitalicio, lo siguiente:

> Finalmente, el artículo tercero de la Carta Democrática Interamericana enuncia entre los elementos constitutivos de una

> democracia la separación e independencia de los poderes públicos. La separación del poder del Estado en distintas ramas y órganos guarda estrecha relación con el propósito de preservar la libertad de los asociados, bajo el entendido de que la concentración del poder implica la tiranía y la opresión, así como la división de funciones estatales permite el cumplimiento eficiente de las diversas finalidades encomendadas al Estado
>
> (:..)
>
> Por el contrario, los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sistema de gobierno sea una democracia representativa, y uno de los principios de este sistema de gobierno es garantizar la alternancia del poder y evitar que una persona se perpetúe en el mismo (supra párr. 75).[20]

No obstante, otra característica fundamental de una adecuada ejecución del poder, en todas sus facetas, más allá del estatal, es la desconcentración del mismo. Ante la responsabilidad, la idónea manera de desenvolverse dentro de las facultades otorgadas, las críticas externas por las acciones realizadas, la polarización constante en una sociedad revulsiva y, agregando un nuevo factor a la larga lista, los visos de corrupción o politización desmedida, es que se recurre a la desconcentración.

En esta tarea de desconcentrar el poder, el constitucionalismo, como una teoría socio-jurídica con rasgos políticos, ha sido la mayor herramienta para

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-28/21, La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Considerando 80 y 99. Emitida el 07 de junio de 2021

repartir el poder entre los representantes de la ciudadanía y aquellos que toman decisiones en el más alto nivel en una sociedad de seres complejos y en constante conflicto. En este punto, Gómez Garrido (2020) expresa lo siguiente respecto al valor del constitucionalismo y la división del poder:

> El constitucionalismo constituye la última y más depurada manifestación de la división de poderes porque afecta al sustrato mismo, al fundamento de todos los poderes, esto es, a la soberanía popular. La soberanía popular es, por supuesto, única e indivisible. Pero no así sus manifestaciones funcionales, en cuanto los diferentes productos de la soberanía popular se separan operando de hecho con una mecánica completamente distinta. De este modo, se segrega los resultados de la deliberación constituyente protegiendo de manera especial todo lo relativo al diseño institucional y su estabilidad (…) (pág. 155)

En consecuencia, a lo desarrollado, será necesario exponer la semblanza de quien es el poseedor de la toma de decisiones relacionadas al ámbito constitucional, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que por mención expresa del Poder Constituyente, se encuentra fuera del dominio de los tres poderes del Estado y tiene autonomía dentro de sus funciones.

5.1.2 El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución

El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, lo que nos brinda una lectura abierta respecto a quienes pueden interpretar los enunciados constitucionales y las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad, esto quiere decir, que todos los jueces se encuentran

sujetos a la defensa de la supremacía de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales; sin embargo, es el Órgano Constitucional quien define en última instancia el sentido de las normas constitucionales.

En ese sentido, el máximo intérprete ha definido bajo su jurisprudencia sus funciones principales en relación a la teoría constitucional:

> 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 hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional. [21]

En este punto, también es válido mencionar que el Tribunal Constitucional se volvió un legislador negativo y, por encargo de la Constitución, tiene la

[21] Tribunal Constitucional. Expediente Nro. 2409-2002-AA/TC, Fundamento 1. Pronunciada el 07 de noviembre de 2002.

facultad de eliminar las leyes o normas con rango de ley que contravengan a la Carta Magna o alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.

La eliminación de normas que contravengan a la Norma Fundamental realizada el Órgano Constitucional que, como guardián de la Carta Magna, debe velar por el respeto y supremacía de la misma, forma parte de la facultad de controlar el poder de todos los agentes políticos que pueden emitir leyes o normas con rango de ley. Al respecto, Montoya Chávez (2015) refiere lo siguiente:

> El órgano encargado de resolver en exclusividad los procesos de inconstitucionalidad es el Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución. El constituyente ha decidido consagrarlo como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo de control de la Constitución. Siguiendo la doble naturaleza de la Constitución, el Tribunal resuelve tales controversias asumiendo su carácter político y jurídico, sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución. (pág. 57)

Aunado a ello, en leyes procesales y mediante la autonomía procesal que el propio Tribunal se ha atribuido[22], este puede crear y generar derecho mediante sus sentencias, y una clara prueba de ello es el precedente vinculante. Esta figura, a la cual ya nos hemos referido anteriormente, posee características de una ley (no es definible el rango dentro de la jerarquía

[22] Tribunal Constitucional. Expediente Nro. 4119-2005-AA/TC. Fundamento 38. Pronunciada el 29 de agosto de 2005

normativa) lo que lo convierte en creación normativa con un nivel de coercividad máximo.

En este sentido, se colige del ordenamiento jurídico nacional, que solo el Tribunal Constitucional tiene la autoridad de emitir precedentes vinculantes y, en consecuencia, de derogarlos mediante la emisión de otros precedentes. Del mismo, también se desprende del artículo 200° de la Constitución, el Nuevo Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que las controversias constitucionales tendrán respuesta definitiva en sede de este Tribunal, exceptuando el proceso de acción popular.

La consecuencia racional del análisis a las facultades y funciones que le otorga el ordenamiento jurídico al Tribunal, es que la revisión de un caso judicial donde se haya utilizado bien o mal el precedente (en instancias inferiores) termina regresando al lugar de origen de donde fue emitido. En principio, el circuito es el correcto, ya que quién más que el propio Colegiado que emitió la norma para saber de su correcta aplicación; sin embargo, un apartamiento de los jueces inferiores es en el fondo una respuesta negativa al máximo intérprete, ya que se discute la interpretación o concepción jurídica de diversos escenarios, como también podría discutirse la mala elaboración del precedente y la ineficiencia del mismo; vale señalar en este punto que, ante la irrelevancia de los hechos, el apartamiento termina centrándose en el aspecto netamente jurídico.

Es en ese momento, que la garantía de imparcialidad ingresa a una zona gris, donde en principio el juez se encuentra resguardando derechos

fundamentales o la supremacía normativa en favor o en contra de alguna de las partes; no obstante, lo que en realidad se viene discutiendo jurídicamente, puede ser la interpretación correcta o incorrecta de un aspecto constitucional por parte del máximo intérprete, la construcción o necesidad de construcción de un precedente vinculante o la calidad del mismo respecto a su elaboración e idoneidad.

5.1.3 La revisión externa del PAP como alternativa

Luego de esbozar esta línea argumentativa, la experiencia nacional e internacional, nos ha permitido reconocer que, en una democracia sólida, el poder se encuentra desconcentrado; sin embargo, debemos admitir que nuestra democracia enfrenta constantemente problemas estructurales. Entre los problemas que podemos enlistar, encontramos: la parcialización, los sesgos ideológicos (en todo el sentido de la expresión), la poca tolerancia y el caudillismo.

Lo mencionado no excluye a los Poderes del Estado ni a los órganos autónomos. La subjetividad evidenciada en el caudillismo termina por eliminar los objetivos colectivos que se podrían lograr entre instituciones interconectadas y comprometidas; asimismo, los sesgos ideológicos rechazan cualquier colaboración de personas que posean razonamientos distintos a los suyos, mucho más si han sido elaborados por uno(a) mismo(a). De igual forma, la identificación con su institución, siempre tiene más de positivo que de negativo; no obstante, lo negativo genera una aureola de orgullo intelectual respecto a las criticas externas que puede presentarse en las decisiones que uno(a) elige.

Dicha situación, aunada a las limitaciones en la formación en Derecho Constitucional, termina segregando la especialidad a un reducido número de profesionales y no permite el acercamiento de la educación teórica y empírica de los jueces que se encuentran en la base de la jerarquía judicial, lo que no brinda calidad a las sentencias de instancias inferiores y muchas veces terminan siendo decisiones judiciales que afectan derechos fundamentales y, además, retrasa la justicia que esperan los justiciables desde el inicio de un proceso. Lo mencionado se vuelve irónico, esto es, el hecho de que para lograr una decisión de calidad se tengan que esperar años enteros en procesos que se jactan de ser céleres por su importancia.

Finalmente, ante la identificación de tantos atisbos de autosuficiencia que linda con el ostracismo innecesario, la marcada distancia que seguirá creciendo si no se presentan alternativas al circuito procesal que sigue la revisión de un precedente y, de manera excepcional, el problema jurídico/académico de ser parte afectada y órgano decisor al mismo tiempo, es que consideramos trascendental modificar el sistema de revisión de los precedentes en el Perú.

5.2 La utilidad de los dos sistemas de control constitucional en el Perú

5.2.1 La conceptualización de los sistemas judiciales

El sistema jurídico peruano mantiene diversas singularidades que generan una mixtura de situaciones jurídicas, entre ellas encontramos la adopción de dos tipos de sistemas de control constitucional. El primero de ellos pertenece a la familia de la cual procede nuestro ordenamiento jurídico nacional y el segundo, proviene de la familia jurídica que originó la figura del precedente.

En el primero (control concentrado), la resolución de las controversias constitucionales se desarrolla directamente en un Colegiado especializado que realiza el control sobre la normatividad general y la defensa de los derechos fundamentales, siempre en protección y respeto de la jerarquía constitucional. Iniciándose como un legislador negativo (elimina las normas que atentan contra la jerarquía constitucional), fue obteniendo más relevancia la función judicial y se le asignó el poder de crear mediante sus funciones.

Generalmente, la facultad de que un Tribunal Constitucional resguarde la compatibilidad de las leyes con la Constitución, es directamente otorgada por la Constitución; así lo señala Quiroga (1996), cuando refiere que:

> Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado «Control Concentrado» o «Control Ad-Hoc», esto es, de índole abstracto -y por tanto incompatible en ese punto con el «Control Difuso» o <>- en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de subsunción, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. (pág. 214)

El otro (control difuso), se origina en la familia jurídica a la cual no pertenecemos, pero de la cual trasplantamos la figura jurídica que ha sido elemento de análisis en este trabajo. Este sistema es completamente distinto, pues si bien se protege la defensa de los derechos fundamentales y el respeto de la Constitución por encima de las demás leyes, no lo realiza un Colegiado Especializado, sino que, el control es aplicado en los diversos niveles judiciales hasta llegar al Colegiado de mayor jerarquía.

La también llamada *judicial review* tiene sus orígenes en el derecho americano que tuvo influencias británicas. Es así que Highton (2010) refiere lo siguiente:

> La revisión judicial o judicial review es la doctrina de acuerdo a la cual la actividad de los poderes Legislativo y Ejecutivo están sujetas al escrutinio judicial. Los jueces que ostentan este poder pueden invalidar actos del Estado que encuentran incompatibles con la autoridad suprema de la Constitución. Esta revisión es un ejemplo del funcionamiento de la separación de poderes en un sistema en el cual el judicial es uno de los poderes del Estado o ramas del gobierno de un Estado (pág. 112)

Desde un análisis diáfano sobre la estructura inicial de los dos tipos de sistemas encontrados, podemos concluir que la labor judicial es relevante en ambos, con la diferencia de que hay un nivel de protagonismo mayor en el sistema judicial que aplica el control difuso; ahora bien, esta conclusión no es inamovible y suele variar según la cultura jurídica de cada país en el que se apliquen.

Nuestra Constitución reconoce la adopción de ambos tipos de sistemas, generando así un sistema dual que se basa en la división de dos vías paralelas para proteger la defensa de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. Lo anterior se evidencia en la división de los procesos constitucionales, así como en la disposición constitucional que compele a los jueces a defender la jerarquía normativa referida a la Constitución y la protección de los derechos, en todo lo que les sea posible.[23]

Es así que, en la Constitución vigente, se continúa con el sistema dual que predomina en el país. Así lo afirma López Flores:

> Por su parte, la Constitución de 1993 ha conservado el denominado modelo dual de control constitucional jurisdiccional. El artículo 138.° de la Constitución contempla la facultad-deber de los jueces de observar la supremacía constitucional sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico y de las legales sobre las de menor jerarquía, y así sucesivamente; mientras tanto, el artículo 201.° de la Constitución contempla la figura del denominado Tribunal Constitucional, que tiene competencias para conocer: los procesos constitucionales de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento, cuando las demandas han sido denegadas en segunda instancia; el proceso de inconstitucionalidad (control concentrado); y

[23] Constitución Política del Perú. Artículo 138 – Administración 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."

> los procesos competenciales (conflictos de competencia entre órganos constitucionales). (pág. 82)

Esto quiere decir que, poseemos un Tribunal Constitucional que es el máximo intérprete de la Constitución -representando el control concentrado- y que, por otro lado, hay una actividad constante del Poder Judicial, interpretando y velando por el respeto de la Constitución y los derechos humanos.

5.2.2 La convivencia de diversos actores

Es importante entender que, ante la existencia de un sistema mixto, la última palabra no siempre la tendrá el mismo actor respecto a los asuntos litigiosos que se presenten. En este punto, es necesaria la tolerancia y el amalgamiento de una estructura judicial que genere dinamismo y cooperación interinstitucional, con la finalidad de desarrollar la ciencia jurídica.

Sin embargo, en la práctica se ha evidenciado que hay una polarización entre las altas cortes: Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, uno representa el poder concentrado y un organismo autónomo que tiene como mayor función la interpretación de la Constitución y el mantener la vigencia de los derechos fundamentales y, el otro actor, es la máxima instancia judicial dentro de un Poder del Estado que representa, por excelencia, la magistratura y el desarrollo jurídico dentro del país.

La Corte Suprema mantiene la relevancia necesaria dentro de nuestro sistema judicial y es la Alta Corte en la estructura del Poder Judicial. Sobre la relevancia de esta Alta Corte, Távara Córdova (2008) comenta en el libro de Carlos Ramos referente a la Historia de la Corte Suprema, lo siguiente:

> Y es que, tal como ocurre en nuestros días, muchas de las decisiones de nuestra Corte Suprema han incidido directamente en la vida política, social y económica nacional; y, por ende, en la consideración que la judicatura ordinaria genera en la comunidad con sus pronunciamientos en estos casos.
>
> (…)
>
> El desarrollar este rol le ha supuesto a la Corte Suprema emprender —con avances y retrocesos— una labor destinada a asegurar las condiciones para una efectiva vigencia del Estado de derecho, lo que por cierto supone encaminar las tareas de impartición de justicia hacia una faceta dinámica, cercana a la resolución de todos los conflictos y, a la vez, resistente al embate de la presión externa, venga de quien venga. (págs. 19-20)

En algún momento, hubo un conato de tensión entre ambas Cortes, y en esta discusión jurídica tuvo que ver la figura que analizamos en esta investigación. El Tribunal Constitucional desarrolló el precedente vinculante "Rosalía Huatuco" (STC Nro. 5057-2013-PA/TC) en el cual manifestaba ciertos criterios respecto al ámbito laboral en el sector público y que, en opinión de la academia, era contraria a la diferenciación respecto a escenarios distintos que deberían juzgarse de manera distinta (afectación por indiferenciación) y disentía de las interpretaciones más cercanas a la Constitución. Meses después[24], se resolvió una contienda jurídica dentro de los fueros de la Corte

[24] El Tribunal Constitucional emitió el precedente Huatuco en junio de 2015. Mientras que la Corte Suprema, mediante su Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, emitió la Casación Laboral 12475-2014- Moquegua, en noviembre de 2015.

Suprema, la discusión versaba sobre la materia analizada en el precedente constitucional mencionado y realizando una labor inesperada para muchos positivistas, este Colegiado determinó criterios interpretativo complementarios que salvaguardaban de mejor manera el principio de igualdad en todo su esplendor. Posteriormente, el Tribunal desarrolló un caso que no fue considerado como precedente[25], donde modificó ciertos criterios adoptados anteriormente en su fuero respecto a la contienda jurídica y, adoptó la línea interpretativa de la Corte.

Este ejemplo práctico que tuvo suceso en la convivencia de ambas Cortes nos presenta un panorama peculiar. El defensor de la Constitución y los derechos fundamentales por excelencia (Tribunal Constitucional) emitió un precedente que se alejaba de sus funciones más importantes y generaba inestabilidad jurídica. Tiempo después, la Corte Suprema, considerada como una segunda categoría respecto a la interpretación constitucional y lo que versa sobre esta materia, corrigió el error y garantizó una idónea defensa de los derechos y principios imantados en la Carta Magna.

Dicha situación nos dirige a un análisis más profundo respecto a la trascendencia de la Corte Suprema y así se ha valorado su labor como otro intérprete de la Norma Fundamental; asimismo, nos permite presentar nuevas alternativas que combatan la concentración de poder y la parcialización en determinadas situaciones.

[25] Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. Nro. 0668-2013-PA/TC. Caso “Richard Cruz Llanos”. Publicada el 20 de julio de 2016

5.3 La importancia de la Corte Suprema en el ámbito Constitucional

5.3.1 La Corte Suprema y su implicancia histórica y organizativa

Como se ha explicado, la Corte Suprema es el órgano de cierre dentro del Poder Judicial, lo que la eleva a una alta consideración por ser una corte resolutiva, quiere decir que, resuelve en última instancia los casos judiciales que por su complejidad o afectaciones a las disposiciones legales o constitucionales se deban ventilar en su ámbito. Vale decir también que, la Corte emite precedentes en distintas materias (penal, civil, laboral, etc.) orientando el desarrollo conceptual de las diversas áreas del derecho.

Dependiendo del tipo de proceso judicial, la Corte sirve como instancia superior para resolver ciertos recursos ordinarios o una instancia excepcional a la cual se puede acceder mediante recursos extraordinarios, cumpliendo ciertos supuestos legales estipulados en los cuerpos normativos (casación). Por tanto, se puede realizar el símil comparativo entre este y el Tribunal Constitucional.

Generalmente, se reconoce la importancia de la labor de la Corte Suprema desde la academia; es así que, Delgado Suárez (2018), resalta la relevancia de la Corte dentro del funcionamiento de esta rama social y le otorga el status merecido, cuando señala lo siguiente:

> En ese sentido, ante la multiplicidad de significados pasibles de ser extraídos de los documentos normativos, debe existir un medio o instrumento encargado de concentrar el significado final en determinados contextos y de velar por su unidad, dado que en la interpretación del Derecho realizada por la judicatura reinan la

> incertidumbre y el disenso. Afirmo que es precisamente esta función la que debe detentar toda Corte Suprema, que consistirá en dar unidad al Derecho y atribuir un significado uniforme [interpretación unívoca] a partir del juzgamiento de casos concretos, así como emitir un precedente relativamente vinculante siempre y cuando un recurso de casación particularmente trascendente haya generado el acceso a esta corte. (pág. 8)

Ahora bien, en el ámbito constitucional, la Carta Magna ha determinado que la Corte Suprema cumpla un rol fundamental en ciertos ámbitos jurídicos. El primero de ellos es la consideración de que resuelva un proceso constitucional que vela por el respeto de la jerarquía normativa, vale decir que el proceso de acción popular no se dilucida en el Órgano Constitucional especializado, sino que, quien resuelve es la Corte Suprema.

Esta deferencia del constituyente para con la Corte nos señala la importancia de interactuar los dos tipos de sistemas judiciales y otorgarle vigencia y protagonismo al órgano final de uno de los Poderes del Estado, pues sería inaudito considerar que la mayor referencia judicial a nivel de instancias no pueda participar activa y prioritariamente en procesos que resguarden el ordenamiento jurídico.

Respecto al proceso constitucional que es resuelto por el Poder Judicial, se ha elaborado la siguiente conceptualización por parte de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema:

> La Acción Popular es una garantía constitucional reconocida en el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución Política del Estado,

que procede contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general -cualquiera sea la autoridad de la que emanen-, que infrinjan la Constitución, la ley, teniendo previsto el artículo 76 del Código Procesal Constitucional que la demanda procede además de los casos de infracción constitucional o la ley, cuando las normas infra legales no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o las leyes, según el caso.

(:..)

En este proceso constitucional, los Jueces se encuentran facultados a determinar la nulidad con efecto retroactivo de las normas impugnadas, determinando sus alcances en el tiempo; las sentencias que queden firmes tienen la calidad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial "El Peruano"[26]

Por otro lado, otra de las participaciones de la Corte dentro del ámbito constitucional, es la revisión que realiza de los controles difusos que ejecutan los jueces en medio de un proceso judicial. El control difuso sirve para inaplicar normas que contravengan la Constitución y se realiza con la finalidad de que en medio de un proceso judicial no se contravengan disposiciones constitucionales, por lo que el juez debe estar atento a las normas que se argumentan y utilizan dentro del caso que resuelve. El Tribunal Constitucional

[26] Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia A.P. Nro. 2232-2012-LIMA, Fundamentos 2.1 y 2.3. Emitida el 23 de mayo de 2013.

ha desarrollado en innumerables sentencias el concepto de control difuso, es así que manifiesta lo siguiente respecto a esta figura:

> El Tribunal Constitucional ha señalado (Cfr. STC 3741-2004-AA, 2132-2008-AA, entre otras) que el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (artículo 138). El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. De ahí que conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable.[27]

Este control realizado por el juzgador subirá en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la cual revisará si el filtro llevado a cabo por el juez es correcto y conforme a la Constitución o, por el contrario, se ha resuelto de manera incorrecta y la norma inhabilitada no transgrede lo estipulado por la Norma Fundamental[28].

En este punto, vemos la primera interacción entre los juzgadores de instancias inferiores y el Órgano de cierre, lo que nos permite evidenciar cómo se le otorga un espacio de discrecionalidad al juzgador de primer y segundo grado, respecto a lo que considere constitucional o no, llevando a cabo el test

[27] Tribunal Constitucional. Expediente Nro. 02970-2019-HC/TC, Fundamento 54. Pronunciada el 23 de marzo de 2021

[28] Conforme se encuentra estipulado en el artículo 14 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo Nro. 017-93-JUS.

de control difuso establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[29], para luego ser revisado por la Corte y, sin parcialidad alguna y con un análisis basado únicamente en interpretaciones constitucionales con parámetros que no ha establecido la Corte, sino el constituyente (disposiciones constitucionales), emitir un veredicto respecto a la ejecución del control difuso.

5.3.2 La Corte Suprema como guardián de los precedentes

Si bien ya hemos mencionado que es necesario darle mayor protagonismo a los jueces de las instancias inferiores y que habilitar un test de aplicación para el precedente otorga mayor seguridad jurídica y mejor comprensión de la figura (precedente) dentro del sistema normativo peruano, de igual manera, se vuelve crucial que el Derecho Constitucional se vuelva transversal no solo en el contenido, sino también, en la participación de otros agentes, distintos al Tribunal, sobre todo para la generación de dinamismo jurídico y el resguardo de la objetividad, racionalidad y la desconcentración del poder en un solo ente.

Es válido señalar que el Tribunal Constitucional sigue siendo el máximo intérprete y conocedor de la gran mayoría de procesos constitucionales, así como el encargado de expulsar una norma con rango legal cuando esta contravenga la Constitución, asimismo, es el único órgano que puede elaborar precedentes constitucionales que tendrán un alcance general. No obstante, hemos demostrado los riesgos de su participación en la revisión del apartamiento del precedente, porque termina siendo un afectado indirecto

[29] Tribunal Constitucional. Expediente Nro. 02132-2008-AA/TC. Fundamentos 16-20. Pronunciada el 09 de mayo de 2011.

respecto al no uso de su propio precedente. En una cultura jurídica donde la relevancia de los hechos es mínima, la discusión termina resumiéndose en el aspecto jurídico, precisamente en su interpretación.

La propuesta presentada no invalida el precedente establecido por el Tribunal Constitucional, lo que valida es el uso de un test de aplicación que permite el apartamiento al precedente establecido por los jueces de instancias inferiores. Esto quiere decir que, hay un trabajo conjunto entre el Tribunal (quien emite el precedente) y la Corte Suprema (quien verifica los apartamientos del mismo) resguardando así la transparencia, objetividad y estabilidad jurídica respecto a las funciones de cada actor y asegurando la desconcentración del poder en favor de una cultura jurídica libre de especulaciones externas, más allá de lo estrictamente legal.

Nuestra propuesta permite concluir que el órgano de cierre en la figura del PAP no será el mismo que lo emitió, sino otra alta corte que se encuentra dentro del Poder Judicial, lo que permite una interacción judicial sana entre las cortes de cierre del país. Este método de revisión no es ajeno a la Corte, pues es muy parecido al que se aplica en el control difuso y terminará siendo más enriquecedor para los magistrados y académicos, pues se tomará en cuenta la apreciación constitucional de jueces capacitados y que se encuentran al mayor nivel judicial en la jerarquía de la judicatura.

Así, se le agrega una función más a la Corte Suprema y se fortalece la transversalidad del Derecho Constitucional, el cual debe integrarse a todas las ramas del Derecho por ser la fuente inicial de la normatividad. Por otro lado, agrega nuevas visiones jurídicas respecto a las interpretaciones

constitucionales, lo cual enriquece y asegura el resguardo de los derechos fundamentales y la vigencia de la Carta Magna.

En efecto, este fenómeno de participación de los distintos agentes del sistema judicial, facilita la transversalización del Derecho Constitucional en todos sus ámbitos. Consideramos que el aporte se realiza como un componente adicional a la transversalización interdisciplinaria, tal como lo ha mencionado Eto Cruz (2016):

> Por un lado, existe una transversalización interdisciplinaria, en el entendido de que el conocimiento del Derecho Constitucional como disciplina científica se encuentra vinculado con otras vertientes disciplinarias y así se produce una interdisciplinariedad transversal y de retroalimentaciones recíprocas entre el Derecho y otras vertientes no jurídicas que se atraviesan. Esta transversalización interdisciplinaria ya no será de un conocimiento fragmentario y desintegrado; todo lo contrario, el enfoque transversal supondrá que cada vertiente disciplinaria; no obstante tener epistémicamente su objeto de estudio propio, ello no va a impedir que en sus fronteras cognoscitivas se atraviesen otras disciplinas que “ayudan” a entender en términos más abarcadores la realidad total (pág. 39)

Finalmente, es preciso señalar que la modernización del derecho presenta nuevos puntos de vista relacionados a la intervención de distintos agentes en la toma de decisiones, con enfoques constitucionales y de derechos humanos, lo cual favorece el dinamismo jurídico.

5.4 La labor de control de las aplicaciones y apartamientos de los precedentes altamente persuasivos

5.4.1 La nueva revisión constitucional

Como ya se ha señalado, dentro de la propuesta presentada, se menciona que la Corte Suprema sea el ente revisor de las sentencias resueltas en instancias inferiores donde se aparten de la aplicación del PAP emitido por el Tribunal Constitucional, en los supuestos mencionados con anterioridad, esto en función a que es necesario que un Colegiado altamente capacitado sea quien constate la aplicación del test en cada uno de sus pasos y su correcto uso por parte de los juzgadores.

Bajo esta idea, es la Corte Suprema quien debe revisar la aplicación del test, así como, debe confirmar que existe una motivación cualificada por parte de los jueces para poder separarse del precedente. Esto quiere decir que, la Corte evalúa paso a paso cada nivel del test aplicado, verificando, bajo su criterio, la correcta interpretación jurídica que se le puede dar a los hechos e identificando la diferencia fáctica que los juzgadores aducen.

En este punto, es necesario mencionar que los magistrados de la Corte realizan una labor de revisión judicial necesaria para confirmación de una sentencia de instancias inferiores. Aunado a ello, de acuerdo a nuestra propuesta, a la Corte se le agrega una nueva función que realizará como órgano de cierre de la aplicación del PAP, lo cual brindará mayor seguridad jurídica y previsibilidad a los jueces, en función de los criterios que este Órgano utilice para confirmar un apartamiento del precedente.

Vale aclarar que la Corte no tiene potestad alguna para modificar algún precedente emitido por el Tribunal Constitucional, su función como órgano revisor es verificar si el apartamiento de los jueces de instancias inferiores respecto a algún PAP cumple con los requisitos establecidos por el test de aplicación; así como, analizar la motivación cualificada que realizan los jueces para sustentar el apartamiento y la consecuente protección de los derechos fundamentales.

Asimismo, es necesario señalar que, como alta corte, no se realiza un cambio radical en el funcionamiento del sistema judicial, pues cabe recordar que la Corte Suprema ya actúa dentro del ámbito constitucional en un proceso que resguarda la jerarquía normativa y en el filtro de la aplicación del control difuso, lo que vuelve a esta Corte un ente completamente capacitado para resolver cuestiones constitucionales.

5.4.2 Coherencia en el sistema normativo

La coherencia es una característica básica de todo sistema normativo, la estructura judicial que resuelva los procesos legales forma parte de la coherencia sistematizada que debe ostentar todo ordenamiento jurídico. Asimismo, normas que se encuentren sincronizadas entre sí y apunten hacia una misma finalidad, respetando las jerarquías y engranando una complexión de leyes, reglamentos y otras figuras jurídicas que, en la mayoría de casos, no se contradigan, es parte de la coherencia normativa.

Bajo esta perspectiva, el juez también forma parte como operador de la coherencia material que en todo ordenamiento debe existir, unido a la

coherencia formal (lógica, validez y eficacia). Ruiz Sanz (2009) agrega lo siguiente respecto a la coherencia y unidad del sistema jurídico:

> En tales supuestos se pretende una coherencia intrínseca entre decisiones judiciales y normas válidas desde dentro del sistema; aquí ya no hay un fundamento de autoridad jerarquizado formal o propiamente legalista, sino que bastaría para la justificación del Derecho con el seguimiento de las reglas procedimentales previamente establecidas y de los argumentos oportunamente aplicados. En consecuencia, sería suficiente con la motivación correcta de las decisiones d ellos jueces para que éstas y por extensión todo el Derecho, fuera coherentes. (pág. 169)

Forma parte de la lógica sistemática, la revisión por parte de jueces que no sean los mismos que hayan elaborado el precedente que se analiza, lo que quiere decir que se le otorga una señal de regularidad al ordenamiento jurídico, manteniendo la imparcialidad y facultando una capacidad de revisión a otra Alta Corte que ya ejerce competencias constitucionales.

La construcción de este sistema facilita la intervención de diversos agentes jurídicos en la revisión de sentencias, lo cual resalta la presencia de diversos filtros y dinamiza el conducto por el cual se revisan los casos judiciales en los cuales se aplicará el PAP. Además de ello, asegura el perfeccionamiento de una respuesta correcta a las controversias jurídicas y una adecuada motivación judicial.

En ese sentido Aarnio (2016) nos señala la alternativa más cercana a la respuesta correcta, que coincide con el núcleo racional de la propuesta que hemos presentado:

> Si la doctrina de la respuesta correcta resulta ser verdadera, la respuesta tiene que ser simplemente la siguiente: la justificación puede cortarse cuando el intérprete está en condiciones de verificar la verdad del enunciado interpretativo. Con otras palabras, de acuerdo con esta doctrina, la justificación está orientada hacia la presentación de enunciados interpretativos verdaderos. (pág. 248)

Por otro lado, vale señalar que la incidencia de un sistema normativo donde se apliquen este tipo de figuras jurídicas con la participación de las Altas Cortes, integra, perfectamente, la fisonomía jerárquica, ya que posiciona al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en el mismo nivel de importancia, sin desvirtuar las facultades que cada uno tiene respecto a la interpretación de la Constitución y las funciones en relación al resguardo y tutela de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional.

5.4.3 Idea de cierre

Solo para culminar, en el presente trabajo hemos dejado en claro la intención de que el Tribunal ceda una porción del poder que ostenta y el cual ha sido regulado mediante normas y a través de la jurisprudencia por su autonomía procesal. Estamos brindando un espacio a la exigencia del deber, para presentar mayor transparencia en los procesos judiciales, ya que el Derecho como ciencia, necesita de apertura y nuevas posturas que introduzcan novedades sumatorias al perfeccionamiento de la rama Constitucional.

Sobre la virtud que podría representar la exigencia del deber, en base a dejar de lado todas las dudas o críticas que pueda representar la revisión del precedente por el mismo Tribunal que lo emite, Sandel (2011) expresa lo siguiente:

> En la práctica, claro está, es frecuente que el deber y la inclinación coexista. Cuesta a menudo determinar los motivos por los que uno mismo actúa, no digamos ya los de otros. Kant no los niega. Tampoco piensa que solo un misántropo duro de corazón pueda realizar actos moralmente valiosos. Lo que pretende con su ejemplo del misántropo es que quede bien claro el motivo del deber, que se manifieste sin que lo velen la simpatía y la compasión. Y en cuanto vislumbramos el motivo del deber, identificamos el rasgo que les da a nuestras obras su valor moral, a saber: el principio a que se atienen, no las consecuencias. (pág. 135)

CAPÍTULO VI: RESULTADOS

En el presente estudio hemos analizado el precedente vinculante y el favorecimiento de un cambio al PAP, considerando estas unidades como la base del estudio realizado. En base a ello, vamos presentar el contenido de las unidades para continuar con el orden establecido previamente en el presente trabajo académico.

6.1. Deficiente elaboración del precedente vinculante en el Perú

La institución jurídica del precedente vinculante ha tenido avance progresivo y una adaptación especial dentro del Derecho como ciencia social, iniciándose en el derecho anglosajón y, luego, siendo acogido por el derecho romano-germánico; sin embargo, los matices y reajustes han generado inseguridad jurídica en diversos aspectos. En este punto, resulta necesario identificar las categorías básicas que nos permitan generar el hallazgo de nuestros resultados.

Cuadro 1

UNIDAD	CATEGORÍAS
Deficiencia en la elaboración del precedente vinculante en el Perú	La importancia de los hechos en el derecho anglosajón.
	La *ratio decidendi* como razón fundamental para resolver el caso y establecerlo como regla.
	El trasplante mixto del precedente vinculante en el Perú.

Respecto a la primera categoría (la importancia de los hechos en el derecho anglosajón), se ha establecido que los hechos son relevantes, no solamente para la decisión del caso; sino también, para el conocimiento del siguiente juez respecto a la aplicación del precedente, puesto que, es necesario para él aplicar el precedente siempre y cuando se comparta el mismo plexo fáctico.

Asimismo, es preciso señalar que los hechos tienen que estar relacionados con el establecimiento del precedente, es decir, la regla que se instituya como precedente debe resolver los hechos litigiosos del caso que se analiza.

En la segunda categoría (la *ratio decidendi* como razón fundamental para resolver el caso y establecerlo como regla) se establece, como condición fundamental del precedente, la resolución del caso mediante la regla estructurada, lo que quiere decir que, ante los hechos litigiosos de la contienda jurídica, se va establecer una regla[30] que sea fundamental para resolver la litis.

En ese sentido, el precedente vinculante se basa en el establecimiento de reglas que no solamente serán aplicada por otros juzgadores en casos futuros, sino también, por el Tribunal Constitucional, quien debe observar que el caso en el cual establecerá el precedente sea resuelto por las mismas reglas que ha instituido como vinculantes.

Lo refiere así el propio Tribunal Constitucional cuando delimitó las condiciones necesarias para la emisión del precedente, considerando como una de sus condiciones básicas, que la *ratio decidendi* -la regla fundamental

[30] Dentro del sistema de precedentes, la ratio decidendi puede ser considerada como regla o principios fundamentales para resolver el caso.

que se instituye como precedente- será la que resuelva el caso en cuestión donde se emite este[31].

En función de la tercera categoría (el trasplante mixto del precedente vinculante en el Perú), se debe considerar que el Perú se ha ido formando en base a la adopción de distintas instituciones provenientes de diversas familias jurídicas, lo que ha implicado la configuración de un ordenamiento jurídico dual. En el caso en concreto, el precedente vinculante es una figura jurídica naciente en el derecho anglosajón, distinta nuestra familia; sin embargo, hemos adoptado diversos aspectos como el concepto de *ratio decidendi* y, teóricamente, la condición de que ella resuelva los hechos litigiosos, así como que, para la aplicación del precedente, se necesite que el cuerpo fáctico del segundo caso sea idéntico o similar al caso precedente, entre otras características.

Mientras que, de nuestra familia jurídica, hemos adoptado otras características para configurar nuestro precedente, sobre todo en relación a España, donde también se aplica esta figura, cuando establecemos que será nuestro propio Tribunal el que identifique cuando un caso es precedente vinculante, la variación del precedente por el mismo tribunal y, a modo de facto, la no necesidad de que la regla resuelva los hechos concretos del caso precedente o que si quiera se refiera a ellos.

Cuadro 2

UNIDAD	CATEGORÍAS	DESCRIPCIÓN

[31] Tribunal Constitucional. Expediente Nro. 0024-2003-AI/TC. Publicado el 10 de octubre de 2005.

Deficiencia en la elaboración del precedente vinculante en el Perú	La importancia de los hechos en el derecho anglosajón.	Los hechos deben unirse indesligablemente con la regla vinculante; asimismo, el juez posterior debe realizar la comparación fáctica para el uso o apartamiento del precedente.
	La *ratio decidendi* como razón fundamental para resolver el caso y establecerlo como regla.	El propio Tribunal Constitucional ha establecido que la condición necesaria para la emisión del precedente es que la regla que se considera vinculante resuelva el caso en donde se emite el precedente.
	El trasplante mixto del precedente vinculante en el Perú	El precedente vinculante, ha sido configurado por características de diversas familias jurídicas, con dogmáticas distintas

		respecto a su emisión y uso.

En atención a lo desarrollado, a continuación, se expondrán los hallazgos de cada categoría:

- **Hallazgo de la Categoría 1**

  En base a lo descrito, se ha realizado un análisis sobre el particular y se ha concluido como resultado de nuestra investigación respecto a esta categoría que, en la elaboración de precedentes vinculantes por parte del Tribunal Constitucional, no se verifican los hechos del caso, lo que quiere decir que la configuración del precedente no se basa en la evaluación de los hechos para la emisión de una regla, descontextualizando la regla jurídica.

  Lo mencionado se apoya en el estudio de precedentes vinculantes emitidos por los distintos plenos que ha formado el Tribunal Constitucional. Casos como los de Eva Rosario Valencia Gutiérrez, Yolanda Lara Garay o Ladislao Carrillo Espejo, confirman lo señalado.

- **Hallazgo de la Categoría 2**

  En relación a la descripción de la segunda categoría, hallamos que fue el máximo intérprete de la Constitución en el Perú quien estableció como condición la necesidad que la regla instituida como precedente vinculante sea la que resuelva el caso en concreto que se analiza. Sin embargo, de manera fáctica y en clara similitud con otros países que no aplican esta condición, en la elaboración del precedente vinculante, el

Tribunal ha hecho caso omiso a la condición que se delimitó en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 0024-2003-AI/TC, conduciéndonos a una técnica de elaboración equivocada.

Ante el estudio de casos precedentes, podemos colegir que la elaboración no configura preceptos normativos que resuelvan los hechos litigiosos, asimismo, en algunas ocasiones se han establecido precedentes en base a normas ya impuestas en el ordenamiento jurídico que tampoco tienen relación con los hechos del caso en concreto. Por lo cual se denota una deficiente técnica de elaboración de la regla vinculante.

- **Hallazgo de la Categoría 3**

Ante la mixtura de instituciones jurídicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en específico, ante los matices del precedente vinculante que se ha configurado en base a características de diversas familias jurídicas, concluimos como resultado de la investigación que el trasplante del precedente no se basa solamente en una u otra familia jurídica, sino que, las características del precedente peruano, son parte de instituciones distintas (precedente anglosajón y jurisprudencia vinculante española) lo cual termina generando incoherencias normativas, puesto que, la condición de uso de los hechos para la creación de la *ratio decidendi* es propia del derecho anglosajón y, la manera como se han ido estableciendo los precedentes en el Perú, sin necesidad de utilizar la ratio como regla para resolver los hechos en cuestión, es naciente de España.

Esa contradicción notoria termina por contravenir la propia delimitación establecida por el Tribunal y la casuística a lo largo de los años por esta alta corte. Entonces, la consideración de unificación de dos familias jurídicas distintas en una institución normativa, termina siendo contraproducente cuando en su elaboración no se termina de definir las características de que país adoptaremos.

6.2. La implementación del PAP junto al test de aplicación en instancias judiciales con participación de la Corte Suprema

En el siguiente punto, evaluaremos los resultados de la unidad referida a la implementación del PAP junto al test de aplicación en instancias judiciales con la participación de la Corte Suprema como canal de revisión, presentando las categorías correspondientes, descripciones y hallazgos realizados.

Cuadro 3

UNIDAD	CATEGORÍAS
La implementación del PAP junto al test de aplicación en instancias judiciales con participación de la Corte Suprema	Características definidas del precedente anglosajón y el precedente romano – germánico.
	El uso de procedimientos objetivos en el ordenamiento jurídico peruano.
	La actividad judicial en el Derecho Constitucional.
	La desconcentración del poder normativo.

Sobre la categoría referida a las características definidas del precedente anglosajón y el precedente romano-germánico, es necesario precisar que, ante las incoherencias demostradas por la exigua delimitación realizada por el Tribunal Constitucional respecto al precedente vinculante, la introducción del PAP, como el término medio a la adopción de otro tipo de precedentes que varían entre lo persuasivo y lo vinculante totalmente, permite un equilibrio entre la obligatoriedad de las decisiones del Tribunal y el margen de discrecionalidad de los juzgadores de instancias inferiores.

Es importante mencionar lo que Iturralde (2013) mencionando las ideas establecidas por Taruffo (1996), explica:

> (…) la cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia: a) vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio); b) vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); c) vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); d) vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); e) no vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente). (pág. 195)

Bajo lo expuesto, entendemos que la vinculatoriedad fuerte, con posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo, es un nivel de persuasión demasiado alto que solo permite el apartamiento cuando existan motivos fundados por lo cual el operador jurídico decida distinto al precedente.

En ese punto, el PAP sería el equilibrio necesario para la configuración de un sistema normativo donde el precedente sea emitido con los mismos fundamentos constitucionales como la seguridad jurídica o la igualdad, pero genere una mayor obligación de motivación del juez cuando encuentre acreditados sucesos o situaciones jurídicas que permitan su apartamiento.

En este sentido, el PAP debe acoger características "propias" que permitan su identificación clara. Entre ellas vamos a encontrar:

- La postulación del PAP será realizada por el Tribunal Constitucional (precedente romano-germánico)
- Solamente el Tribunal Constitucional podrá variar el PAP (precedente romano-germánico)
- La *ratio decidendi* tiene que resolver los hechos litigiosos del caso (precedente anglojsaón).
- El Tribunal establecerá concretamente, en un fundamento aparte, como la *ratio decidendi* resuelve los hechos del caso precedente (característica particular del precedente)

La fusión de características y la añadidura de una propia genera la introducción de un precedente distinto al actual. Vale decir que, el precedente vinculante y el altamente persuasivo comparten características; sin embargo,

encuentran diferencias también, sobre todo en relación a la técnica de elaboración.

En relación a la categoría referida al uso de procedimientos objetivos en el ordenamiento jurídico peruano, es preciso señalar que al ser el Derecho una ciencia jurídica que juzga las relaciones interpersonales entre sujetos de una sociedad, es imposible alejar la subjetividad del todo; puesto que se utiliza el mecanismo heterocompositivo para la resolución de conflictos, donde el tercero en cuestión seguirá siendo un humano. En ese sentido, la introducción de elementos objetivos (procesos, procedimientos, pautas, etc..) permitirán la obtención de decisiones más racionales y lógicas.

Sobre esta necesidad de la objetividad dentro del proceso, reconociendo la subjetividad propia del mismo, Orrego (2009), menciona lo siguiente:

> En este contexto, juez objetivo es lo mismo que juez que juzga de manera correcta, y, por ende, justa en un sentido absoluto -ajustada a todas las razones para sentenciar- o en un sentido relativo -ajustada solamente a las razones permitidas por las restricciones institucionales del sistema jurídico-político-. Se entiende, pues, que la misma tradición de pensamiento jurídico que tanto se empeñó en describir el Derecho objetivamente con independencia de la subjetividad judicial -la teoría analítica del Derecho- se haya abocado en las últimas décadas a estudiar el razonamiento jurídico, es decir, el punto de confluencia entre la objetividad del Derecho general y la objetividad prudencial de la respuesta a los casos concretos de conocimiento jurídico práctico. Los aportes recientes de la analítica al

> tema del razonamiento jurídico no son meramente descriptivos de la práctica judicial, sino que también la orientan hacia la determinación del Derecho justo.
>
> La pretensión de objetividad cuasiontológica en el conocimiento del Derecho -del concepto de Derecho y de la realidad jurídica considerada como ser normativo en sí- ha dado paso al anhelo de objetividad práctica en la determinación del Derecho justo. (págs. 600-601)

Bajo esta idea, se presenta un procedimiento objetivo relacionado a la aplicación del PAP en sede judicial: el test de aplicación, que permitirá a las partes del proceso, evidenciar la correcta utilización o no del PAP emitido por el Tribunal Constitucional.

Este test está constituido por etapas escalonadas y preclusivas, cada una con pasos procedimentales establecidos que facilitará su aplicación para el juzgador y que se divide en la valoración del cuerpo fáctico y el jurídico, siendo este último donde el juez debe motivar de manera cualificada cuando exista una diferenciación que no le permita aplicar el PAP.

Referente a la categoría de la actividad judicial en el Derecho Constitucional, se puede señalar que la participación de los jueces de instancias inferiores es necesaria para un ensamblaje adecuado del constitucionalismo, la participación y decisión de aquellos jueces que conocen, desde un primer momento, de los supuestos hechos antijurídicos, en las estructuras de poder del derecho constitucional peruano, es indispensable.

La marginación de los juzgadores de instancias inferiores respecto a sus opiniones y la carencia de conocimiento de aquellos sobre la materia constitucional, los vuelve replicadores de las sentencias de la más alta corte en aspectos constitucionales y, no favorece en el trabajo conjunto de la judicatura por encontrar la verdad de los hechos y tutelar de la mejor manera posible. Lo que termina convirtiendo a la jurisprudencia en otra especie de ley, con la diferencia de que la creación ya no pasa por los legisladores, sino por los tribunales de justicia de mayor jerarquía.

Como bien lo señala Nakazaki (2014), cuando menciona lo siguiente respecto al entendimiento de la jurisprudencia por parte del juez y su modo de aplicación o apartamiento:

> Pese al nuevo rol de la jurisprudencia, hay jueces que no terminan de comprender como funciona un sistema de justicia jurisprudencial (de casos o precedentes); llegándolos a confundir con el sistema legal, tal cual se demuestra en el caso que analizo en este trabajo; un juez penal consideró que tiene la potestad de desvincularse de un precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, utilizando las reglas del conflicto de leyes “la ley posterior deroga a la ley anterior” (pág. 143)

Bajo estos conceptos, la inclusión de las decisiones judiciales como parte de la historia jurisprudencial podría ser contraproducente; sin embargo, ante un sistema que regule un PAP con condiciones para el propio Tribunal Constitucional, así como un test de aplicación para el uso de este precedente, pautas enunciadas y revisiones realizadas por otra Alta Corte, además de las

amonestaciones respectivas, sin duda alguna se generará una obligación para el juez no solo de conocer lo mínimo del derecho constitucional, sino también, de especializarse cada vez más para que su participación sea adecuada y conforme a los estándares de motivación que debe poseer.

Ese acompañamiento del sistema jurídico a la labor judicial facilita el aprendizaje del juez de primera o segunda instancia y, a la vez, le compele de una obligación de capacitarse para fundamentar adecuadamente.

Sobre todo, debemos referir que, en el aspecto jurídico del test de aplicación, el juez deberá medir la intensidad del daño del derecho fundamental en comparación con el precedente actual, lo cual lo llevará a motivar respecto a las diferencias y argumentar en relación a contenidos constitucionalmente protegidos de diversos derechos fundamentales, lo que generará motivaciones cualificadas que, serán revisadas de manera obligatoria. Todo ello garantiza la correcta participación del juez dentro del sistema constitucional, no solamente como un replicador, sino también, como un verdadero decisor.

Por último, analizamos la categoría referida a la desconcentración del poder normativo, donde se analiza si, respecto al Derecho Constitucional, solamente el Tribunal Constitucional debe participar en la elaboración y última revisión de los precedentes que emite. En este punto, se ha manifestado que la división del poder y la introducción nuevas perspectivas, favorecen al mejoramiento de un sistema, sea normativo o de cualquier otra índole.

Las nuevas perspectivas siempre son un aliciente para la perduración de la objetividad, sobre todo si esas perspectivas no recaen sobre los mismos

actores. En el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal emite los precedentes vinculantes, bajo sus perspectivas del Derecho y, como ya se ha evidenciado, con deficientes técnicas de elaboración, para luego, después de un proceso largo, verificar en otros casos si se ha aplicado correctamente el precedente que emitió. En principio, no hay problema con esta consideración, solo que la incoherencia se suscita cuando evaluamos que el máximo interprete examina los apartamientos a su precedente, siendo este juez y parte al mismo tiempo.

Ya se ha reseñado en el cuerpo del trabajo, sobre el daño al ego intelectual, el vicio de objetividad de estudiar una argumentación que contradice o se aparta de tus considerandos; si bien no termina cumpliéndose en todos los casos, la posibilidad del sesgo subjetivo propio del orgullo intelectual, es latente y real.

Bajo esta línea argumentativa, se presenta la posibilidad de incluir a otra alta corte, con el mismo nivel de prestigio y conocimiento respecto a la materia, que servirá como garantía de imparcialidad y se vuelve un nuevo agente de participación dentro del sistema de precedentes constitucionales en el Perú, opción que desconcentra el poder de un solo organismo, para ya encontrar tres agentes de acción dentro del ordenamiento jurídico nacional (Tribunal Constitucional, jueces de instancias inferiores y Corte Suprema).

Cuadro 4

UNIDAD	CATEGORÍA	DESCRIPCIÓN
La implementación del PAP junto al test de	Características definidas del	El PAP mantiene un grado de vinculatoriedad

aplicación en instancias judiciales con participación de la Corte Suprema	precedente anglosajón y el precedente romano-germánico.	fuerte, pero que, ante razones judiciales fundadas, puede realizarse el apartamiento; asimismo, comparte características de las distintas familias jurídicas y agrega su propia característica individualizadora (delimitación de la ratio decidendi en relación a los hechos), generando que no se encuentren contradicciones.
	El uso de procedimientos objetivos en el ordenamiento jurídico peruano.	La facilitación de un procedimiento con etapas preclusivas y correctamente configuradas se desarrolla a través de un test de aplicación para los juzgadores, lo que determina la elevación de la objetividad en el

		uso del PAP en instancias judiciales.
	La actividad judicial en el Derecho Constitucional.	La participación activa y decisiva de los juzgadores de instancias inferiores, facilita el conocimiento del Derecho Constitucional, así como la trasversalidad del mismo dentro de la judicatura nacional y genera obligaciones para los jueces de instancias inferiores en la motivación de sus decisiones, lo que asegura que los jueces no sean voces automatizadas de la jurisprudencia y si evaluadores de la misma.
	La desconcentración del poder normativo.	La separación del poder en distintos actores

		jurídicos, permite la introducción de nuevas perspectivas, la demostración de una justicia transparente, la evitación de un peligro concreto respecto al sesgo subjetivo y la garantía de imparcialidad respecto a la revisión de sentencias, específicamente de precedentes, introduciendo a Cortes igual de prestigiosas y capacitadas para la evaluación de los precedentes y procedimientos de aplicación del mismo.

En atención a lo desarrollado, a continuación, se expondrán los hallazgos de cada categoría:

- **<u>Hallazgo de la Categoría 1</u>**

El PAP es una alternativa que implementa características del precedente romano-germánico y del precedente anglosajón, así como sus propias características, evitando las incoherencias normativas y agregando mecanismos de aplicación y revisión que acompañan su funcionamiento.

- **Hallazgo de la Categoría 2**

El test de aplicación del PAP se presenta como un procedimiento objetivo para el uso de dicha figura, utilizando etapas preclusivas y con una estructura escalonada, que permitirá la motivación cualificada de los operadores jurídicos, así como una verdadera comparación entre el plexo fáctico de su caso y el caso precedente.

- **Hallazgo de la Categoría 3**

El empleo de la motivación cualificada en el test de aplicación del PAP, facilita que el juez desarrolle operativamente argumentos basados en la razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad, así como que aporte en la dogmática constitucional respecto al desarrollo de derechos fundamentales y de sentencias que formarán parte de la doctrina nacional. Es así que, los jueces se vuelven actores fundamentales en la participación y decisión del caso en concreto y de la dogmática constitucional en general.

- **Hallazgo de la Categoría 4**

El PAP, viene acompañado de un canal de revisión diverso al que emite el propio precedente, este canal es la Corte Suprema. Esta desconcentración del poder facilita la obtención de objetivos básicos

para el derecho como ciencia: la introducción de nuevas perspectivas, la demostración de una justicia transparente, la evitación de un peligro concreto respecto al sesgo subjetivo y la garantía de imparcialidad respecto a la revisión de sentencias, específicamente de precedentes, sumándole así mayor grado de transversalidad al Derecho Constitucional en la práctica.

Los resultados hallados en la presente investigación nos conminan a referir que la producción de las alternativas presentadas mejorará el funcionamiento del ordenamiento jurídico nacional.

CAPÍTULO VII: DISCUSIÓN

En el presente capítulo, se analizarán los resultados obtenidos en relación a los objetivos planteados y se contrastará la fundamentación con posiciones doctrinarias y académicas, logrando así contrastar el trabajo realizado con fuentes fidedignas. El procedimiento será agrupar la discusión los dos grupos referidos en el capítulo anterior, analizando las categorías de manera conjunta y los hallazgos de las mismas.

7.1. Deficiencia en la elaboración del precedente vinculante en el Perú

Respecto al hallazgo establecido en la primera categoría de esta unidad, donde se ha verificado que el Tribunal no evalúa los hechos del caso para la emisión del precedente vinculante y descontextualiza la regla jurídica que emite, se debe señalar que Ramírez (2018) en su trabajo de investigación referido a la importancia de los hechos en el precedente vinculante, concluye respecto a la elaboración del precedente vinculante que “el carácter general de la norma creada en el caso precedente no implica la creación en abstracto de dicha norma, esto es, dejando de lado los hechos del caso, sino que es a partir de los hechos del caso concreto que el juez puede realizar generalizaciones y crear una regla aplicable a otros casos.” (pág. 243). Esta afirmación, con la cual coincidimos, compele al Tribunal a examinar los hechos del caso concreto para encontrar una plataforma fáctica en la cual se deba emitir el precedente.

Dicha distorsión genera un problema dogmático que se relaciona directamente con el hallazgo de la tercera categoría (el trasplante mixto del precedente vinculante en el Perú) e, indirectamente, con el hallazgo de la

segunda categoría (la *ratio decidendi* como razón fundamental para resolver el caso y establecerlo como regla).

Con relación a la tercera categoría, las tergiversaciones dogmáticas establecen incoherencias normativas que generan vulneraciones a la seguridad jurídica, mientras que, con relación a la segunda categoría, los hechos forman parte esencial de la *ratio decidendi*, ya que esta resuelve los hechos litigiosos del caso.

La marcada diferenciación entre la técnica de elaboración que ha asumido el Tribunal Constitucional de manera fáctica, en divergencia a la dogmática que ha propuesto (relacionada directamente al precedente anglosajón) queda demostrada en la casuística. En ese sentido, Morocco (2016), ha remarcado el modo de aplicación del precedente en la práctica peruana, estableciendo lo siguiente:

> La naturaleza jurídica del precedente vinculante constitucional, en el Common Law está dada por ser una técnica para la adecuación de la jurisprudencia judicial que permite la resolución de casos posteriores, siendo para el caso estadounidense vinculante únicamente el decissum, dentro del marco del stare decisis; mientras que en el Civil Law, y en específico para la justicia constitucional peruana, se presenta dentro de un contexto normativo por lo que además, de la ratio decidendi, crea sólo reglas jurídicas que no requieren homologación fáctica para su aplicación vinculante. (pág. 134)

De la conclusión colegida por el tesista, podemos señalar que casuísticamente -como ya se ha demostrado a lo largo de este trabajo- a

pesar de las condiciones delimitadas por el Tribunal, se encuentran distorsiones respecto a la dogmática de elaboración del precedente, tales como los resultados obtenidos en nuestra investigación, cuando identificamos que los precedentes no se relacionan directamente con los hechos del caso y, en ese mismo sentido, que las reglas emitidas no resuelven los sucesos litigiosos del caso precedente; adoptando así, una cultura hispánica del precedente vinculante, distinta a las condiciones delimitadas por el máximo intérprete en su jurisprudencia.

Asimismo, para confirmar el resultado del hallazgo de la segunda categoría, respecto a que la *ratio decidendi*, no termina siendo la regla que solucione el caso en concreto, se ha demostrado en la fundamentación de este trabajo que existe una vulneración clara a la configuración dogmática del precedente. En este punto, nos apoyamos en la reflexión conclusiva del tesista Ramírez (2018), cuando refiere lo siguiente a la configuración del precedente:

> El extremo vinculante de una decisión anterior construida al margen de los hechos del caso particular no puede ser catalogado como precedente. esto en la medida que la ratio decidendi es determinada a partir de los hechos del caso concreto, pues la ratio decidendi no es otra cosa más que la respuesta construida para solucionar un determinado problema fáctico con relevancia jurídica y no una solución abstracta que prescinda de los hechos del caso concreto. (pág. 242)

En ese sentido, podemos comprender que la aplicación de la *ratio decidendi* debe basarse en la solución de los hechos controvertidos; sin embargo, existe

una omisión por parte del Tribunal en la elaboración de sus precedentes, puestos que, al descontextualizar la regla en relación a los hechos, termina tergiversando la dogmática fundacional en la que se basa el precedente que opera en el Perú.

En apoyo de la importancia de reconocer a la *ratio decidendi* dentro de las cuestiones de hecho suscitadas en la propia argumentación de la sentencia, encontramos lo señalado por Espinosa-Saldaña (2006), cuando establece lo siguiente respecto a su definición:

> Por otro lado, la razón suficiente o ratio decidendi es sin duda la parte medular de la argumentación de una sentencia, la formulación general del razonamiento que permite a un (a) juzgador (a) resolver como finalmente lo hace. Se encuentra expresamente planteada en la sentencia o puede inferírsele de analizar la decisión tomada, las situaciones fácticas relacionadas con esa decisión, o del contenido de las consideraciones argumentativas que permiten construir ese pronunciamiento. (págs. 74-75)

Finalmente, tenemos el resultado de la tercera categoría, respecto a la adecuación de características de distintas familias jurídicas que se contraponen, generando así una incoherencia normativa insalvable. Como bien hemos mencionado, las características del reconocimiento de los hechos y el establecimiento de una *ratio decidendi* que resuelva esos sucesos litigiosos, forman parte del precedente anglosajón; mientras que, el establecimiento de la promulgación del precedente como regla vinculante

para todos los poderes públicos y privados, forma parte del ordenamiento jurídico español, en una figura homóloga.

En base a ello, una de las características del precedente anglosajón no se cumple cuando el Tribunal, en la práctica, hace caso omiso a la condición delimitada por ellos mismos. Esto termina generando que el Tribunal adopte la característica de su homólogo europeo, cuando no necesita de una revisión de los hechos para implementar una regla jurídica vinculante. En ese sentido, respecto a su elaboración, el máximo intérprete acusa una incoherencia en su proceder que manifiestamente origina una inconsistencia clara y profunda.

En este aspecto Morales (2016), establece como conclusión lo siguiente:

> El TC peruano ha desarrollado una interpretación que genera un precedente de tipo autoritario que más se parece a una legislación para imponer a los jueces constitucionales del Poder Judicial, algunas interpretaciones controversiales, como por ejemplo el recurso de agravio constitucional del precedente o el control difuso en sede administrativa. (…) (pág. 177)

En este sentido, hemos identificado que el objetivo de reconocer la deficiente técnica de elaboración del precedente en el seno del Tribunal Constitucional, ha quedado demostrado mediante las categorías estudiadas y los resultados hallados, con la cual la contrastación de información con otras fuentes ha establecido un resultado objetivo respecto al análisis de la elaboración de los precedentes por parte del máximo intérprete y los hallazgos encontrados quedan registrados dentro del presente estudio.

7.2. La implementación del PAP junto al test de aplicación en instancias judiciales

Sabiendo de la identificación de la deficiente elaboración del precedente vinculante por parte del Tribunal Constitucional, no solo se ha reconocido las falencias; sino que también, se ha postulado una alternativa distinta que se basa en la presentación de una variante llamada Precedente Altamente Persuasivo con un test de aplicación en sede judicial y un canal distinto de revisión. En ese sentido, se han establecido diversas categorías que han facilitado el desarrollo descriptivo y nos ha permitido identificar determinados resultados que serán discutidos con el mismo procedimiento de la unidad anterior.

Como primer resultado obtuvimos que la variante propuesta establece características del precedente romano-germánico y del precedente anglosajón, así como sus propias características, evitando las incoherencias normativas y agregando mecanismos de aplicación y revisión que acompañan su funcionamiento, sobre ello debemos señalar que en todo momento se han considerado las condiciones que estableció el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia con relación a cómo se elaboraba el precedente y se obtuvo que la *ratio decidendi* debía resolver los hechos controvertidos del conflicto en cuestión -característica del precedente anglosajón-, así también, reconocemos que el Tribunal es quien emite y establece cuándo habrá un precedente vinculante -característica del precedente románico-germánico-, tales características son las que el propio Ramírez Figueroa (2018) analiza sobre el Tribunal cuando menciona lo siguiente:

> La potestad que tiene el Tribunal Constitucional para crear precedentes vinculantes, se ejerce en el marco del ejercicio del poder jurisdiccional que le otorga la Constitución, de tal forma que cuando crea sus precedentes no solo debe crearlos en el contexto de un caso particular, sino que además la norma fijada como vinculante, tiene que ser necesaria para resolver el caso, pues solo así se garantizará la racionalidad del precedente. (pág. 243)

Sin embargo, en el presente trabajo se denota que la relación entre *la ratio decidendi* y los hechos no se verifica dentro de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, lo cual termina distorsionando las características del precedente actual, por lo cual, al PAP le agregamos otra característica, que es la que el propio tribunal agregue un apartado referido a la relación que tiene su regla con los hechos controvertidos.

Entonces, de un lado tenemos un precedente cuyos hechos no tienen relación con la regla que se emite como precedente, a pesar de que sea condición necesaria y establecida por un Tribunal con un nivel de fuerza vinculatoria extremadamente fuerte, lo cual ya genera una incoherencia en el ordenamiento que se continúa en el tiempo. Incluso, se debe señalar que muchas reglas al no referirse a los hechos del caso, terminan resolviendo aspectos distintos a los de los derechos fundamentales vulnerados. Sobre este punto Morales (2016) concluye lo siguiente:

> Los precedentes dictados por el TC abordan temas coyunturales, legales y en algunos casos de trascendencia constitucional irrelevante, por ejemplo, el precedente sobre bonificaciones al salario

> de algunos servidores estatales. Los precedentes que abordan aspectos constitucionales son menos que los de tipo legal, razón suficiente para reformar la práctica del TC en la emisión de los precedentes. (pág. 177)

Bajo esta línea, se ha establecido correctamente que la alternativa presentada delimita sus condiciones y características, reseñando la importancia de evitar contradicciones en su elaboración y no sumando inseguridad jurídica dentro del ordenamiento legal.

Ahora bien, en la presentación del PAP, se añadió la inclusión de un test de aplicación en sede judicial, que presenta un procedimiento objetivo, con niveles preclusivos y escalonados, que coadyuvan con la motivación cualificada de los jueces en instancias inferiores, así como un parangón riguroso entre el cuerpo fáctico del caso precedente y el caso que revisan. En relación a este punto, tenemos claro que la comparación de los hechos es un aspecto básico de la utilización de un precedente, ya que el juez de otras instancias debe realizar la identificación de similitudes y diferencias entre el caso que analiza y el caso que considera será el que le brinde la respuesta normativa.

La especificación de esta técnica de comparación la realiza muy bien Ramírez Figueroa (2018) cuando señala lo siguiente en sus conclusiones:

> La aplicación y/o inaplicación del precedente a un caso concreto se determina a partir del análisis comparativo entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso posterior, de modo que si los hechos relevantes de este último son sustancialmente similares a los hechos

> del caso previo, el juez deberá de seguir el precedente; en tanto que si los hechos son distintos, podrá distinguir un caso del otro e inaplicar el precedente. (pág. 242).

En esta línea la comparación permite que el juez analice lo más relevante de su caso, que son los hechos que han llevado a una controversia jurídica de carácter constitucional. Así también, el juez realizará el desarrollo de su motivación cuando encuentre alguna insatisfacción en esta comparación y, qué mejor que mediante un procedimiento objetivo que le permita, paso a paso, dilucidar las diferencias y similitudes de su caso actual y el caso precedente.

La alternativa de un Precedente Altamente Persuasivo con un test de aplicación que facilita esta comparación y otorga la oportunidad de la separación mediante la motivación, nos termina de convencer de que si bien la vinculatoriedad del PAP sigue siendo fuerte, nos brinda un espacio de seguridad respecto a que no habrá un automatismo incorrecto en la aplicación de precedentes o discrecionalidad exagerada en su apartamiento, ya que el test facilita el seguimiento o apartamiento del precedente y, además, asegura el principio de independencia judicial, al no seguir, de manera sesgada, doctrinas de algunos magistrados del Tribunal Constitucional que utilizan los precedentes con otros propósitos. En dicho razonamiento, consideramos la opinión de Morales (2016), cuando sostiene que:

> El TC peruano ha desarrollado una interpretación que genera un precedente de tipo autoritario que más se parece a una legislación para imponer a los jueces constitucionales del Poder Judicial, algunas

> interpretaciones controversiales, como por ejemplo el recurso de agravio constitucional del precedente o el control difuso en sede administrativa. (pág. 177).

Por otro lado, la motivación cualificada formará parte esencial del no seguimiento del PAP, tal cual lo figura el procedimiento del test en uno de sus últimos pasos. Villamil (2004) señala que el valor justicia se encuentra dentro de la motivación, expresando lo siguiente:

> Se introduce un matiz muy fuerte a la palabra justificación, entendida no sólo como las razones simples de la decisión sino como las razones mismas que encarnan la justicia. Estas exigencias superiores que se esperan de la garantía de justificación se hacen, probablemente, por que dar motivos tiene un sentido menos fuerte que justificar. En la expresión justificar están implícitas las razones de justicia que llevaron a tomar una decisión y no sólo las razones legales o de consecuencias de la decisión, que desde otra perspectiva serian como la explicación simple de la decisión. (págs. 32-33)

Ante esta explicación de justificación, favorece enormemente la introducción de un test objetivo que facilite la identificación de los argumentos y que, además, agregue un estándar de motivación necesario para la separación completa del PAP que obligue a los jueces a esforzarse en el razonamiento judicial a emplear.

En ese sentido, los resultados de la segunda y tercera categoría, favorecen a la aplicación del derecho en general por parte de los operadores jurídicos y

los vuelve agentes importantes en la masificación del derecho y de una dogmática evolutiva que privilegie la motivación con rigurosidad y en atención a los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Por último, el canal de revisión al nuevo precedente lo realiza una corte distinta al Tribunal Constitucional, es así que facilitamos la desconcentración de poder y otorgamos un nivel de objetividad reforzado, al distribuir las facultades de revisión en otro ente distinto al que emitió el precedente.

En este punto, lo que se intenta es eliminar la posibilidad de que personas sesgadas por su subjetividad, revisen un caso en el cual consideran que debió aplicarse las reglas y no la interpretación judicial que ha podido darle un juez de instancias inferiores, por ejemplo, en el grado de afectación del derecho fundamental. En ese sentido, Orrego (2009), manifiesta la siguiente conclusión:

> En consecuencia, la objetividad propia del Derecho no es ajena a toda subjetividad -entendida como ser mental de personas singulares-, sino que, por el contrario, presupone la subjetividad de la razón humana en cuanto constitutiva de la ordenación racional. Esta subjetividad de la razón puede contraponerse a la subjetividad de una voluntad arbitraria, y a la subjetividad de una razón particular desviada por el capricho o la pasión o el interés. En este último sentido, se distingue entre personas "objetivas" en sus juicios y razonamientos y personas "subjetivas" en sus juicios y razonamientos. Las dos clases de personas razonan y ejercen una potencia "subjetiva", y constituyen el orden racional del Derecho

> cuando tienen potestad o procuran interpretarlo y conocerlo para guiarse por él o para guiar a otros. Sin embargo, solamente las personas "objetivas" consiguen dar a ese orden que ellas crean, siguen, interpretan o aplican, una orientación hacia el bien de las personas ordenadas -hacia el bien común- y no solamente hacia el bien propio, parcial, sugerido por el interés, la pasión o el capricho. (pág. 614)

Bajo esta concepción del aspecto subjetivo, hemos encontrado el resultado mencionado y explicado, respecto a que un canal de revisión distinto otorga mayor credibilidad y seguridad jurídica en la imparcialidad de la resolución de casos y más consistencia al sistema normativo en sus canales de decisión.

CONCLUSIONES

1. El precedente es una institución propia de otra familia jurídica, que tiene una tradición de conservación de las decisiones de los juzgadores, lo cual se ha ido continuando a lo largo del tiempo y se le ha denominado *stare decisis*. Sin embargo, no existe el método de la postulación del precedente por el primer juzgador que emite un fundamento jurídico que resuelva un caso; sino que, el precedente tiene la mecánica de ser postulado a través de la utilización de un segundo juzgador, que decida conforme a al fundamento resolutor de una sentencia anterior.

2. Los fundamentos de una sentencia se dividen en *ratio decidendi* y *obiter dicta*, siendo el primero la razón fundamental para resolver la *litis* en cuestión y el segundo son argumentos complementarios que permiten desarrollar justificaciones y la base de la razón fundamental. En ese sentido, en la mecánica del precedente anglosajón, será el segundo juez quien identifique la *ratio decidendi* de una sentencia anterior para utilizarla en su nuevo caso, siempre y cuando haya una estructura fáctica idéntica y que permita el uso del mismo.

3. Si bien el *stare decisis* tiene predominancia en el derecho americano e inglés, se practica la figura del *distinguishing*, siendo este el apartamiento de la *ratio decidendi* de un caso que ostente la connotación de precedente, después de una constante repetición del uso de fundamento vital, teniendo como razón principal la diferenciación trascendental del cuerpo de hechos del caso precedente y del caso en análisis.

4. La familia de derecho románica-germánica ha practicado la institución del trasplante jurídico para acoplar el precedente a sus conceptos dogmáticos y, obviamente, ha realizado ciertos cambios en su estructura y adecuado su uso, en un inicio, a la doctrina legalista, para posteriormente evolucionar con el precedente a la doctrina constitucionalista de sus ordenamientos jurídicos. Lo mencionado ha permitido que, países como España, Colombia, República de Panamá o Bolivia, adopten al precedente con ciertos matices y desde ópticas distintas.

5. El Perú acogió al precedente a través del trasplante cruzado (la adopción de una institución jurídica mediante una fuente distinta a la que se usa en el país de origen), a través del derogado Código Procesal Constitucional del 2004. Vale mencionar que si bien existe una notable emulación de la jurisprudencia vinculante que se aplica en España, la delimitación fue realizada por el propio Tribunal Constitucional mediante su jurisprudencia, lo cual nos permite observar que su estructura pertenece al precedente aplicado en la familia de derecho anglosajón.

6. Si bien el Tribunal Constitucional ha señalado la importancia de cumplir las condiciones para la elaboración y emisión de un precedente, con toda claridad se puede remarcar que estas condiciones no se cumplen en muchos de ellos, aun cuando han existido diversos plenos (tres, específicamente), de lo cual se puede colegir que, la deficiente técnica de elaboración del precedente vinculante en el Perú, pasa por una carencia en la comprensión y uso de su

teoría traslada a la práctica, además, de un uso antojadizo por parte del Tribunal respecto a temáticas específicas que no tienen relación con los hechos del caso.

7. Siendo los hechos una condición indispensable para la elaboración y replicación del precedente, es incomprensible la poca valoración que se le otorga dentro del Derecho peruano a la significación de los mismos, dentro de la teoría del precedente, cuando estos explican el sentido de su elaboración, pues la regla debe dar solución a los hechos en disputa del caso y, asimismo, permite la utilización posterior del precedente por parte de los jueces, quienes deben evaluar la necesidad de aplicación del mismo a través de la comparación de los hechos del caso precedente y el caso a resolver; no obstante, las reglas emitidas como precedentes actualmente, no terminan resolviendo la *litis* en cuestión y, en consecuencia, resulta imposible que un juez de instancias judiciales pueda realizar una eficiente comparación de la estructura fáctica de su caso y la del precedente.

8. Las sentencias emitidas por los juzgadores de instancias judiciales carecen de una motivación cualificada respecto al uso del precedente, así como, del apartamiento del mismo, puesto que no se evalúa correctamente la estructura fáctica, ni tampoco la intensidad del daño al derecho fundamental, que por matices propios del caso puede ser mayor o menor en comparación con el caso precedente. Asimismo, no hay un procedimiento debido de comparación por parte de los operadores jurídicos en relación a una institución tan importante como es la aplicación del precedente.

9. El Tribunal Constitucional es quien emite los precedentes vinculantes que serán utilizados por los operadores jurídicos de instancias judiciales, siendo así que, cuando uno de ellos realice un apartamiento del precedente emitido por el Tribunal, este terminará siendo evaluado por el mismo Órgano que emitió el precedente, lo cual termina constituyendo al máximo intérprete en un juzgador que está siendo cuestionado por un juez o jueces de menor jerarquía, lo cual puede generar sensaciones negativas en los seres humanos que integran esta Alta Corte, por ser rebatidos en sus postulaciones jurídicas, tanto así que se abre la posibilidad del vicio de la objetividad de los magistrados al evaluar el caso donde se apartaron. Todo ello en función de que dentro de la psiquis del magistrado también existe la subjetividad y la necedad involuntaria del poder.

10. La presente investigación ha propuesto la postulación de un Precedente Altamente Persuasivo, que comparte ciertas características con el precedente vinculante, pero que, como matices diferenciadores, tiene la importancia de los hechos, la justificación del Tribunal Constitucional respecto a su emisión y la identificación de la relación entre la regla a emitir y los hechos controversiales del caso que se trata, todo como parte de la estructura de la sentencia, siendo el PAP en sus efectos para los juzgadores, poderes públicos y privados en general.

11. Asimismo, el PAP vendrá acompañado de un test de aplicación del precedente, que permitirá a los juzgadores, mediante pasos escalonados y

preclusivos, aplicar o desaplicar la regla emitida por el Tribunal, siempre con la debida justificación cualificada y garantizando una prolija y eficiente comparación de las estructuras fácticas y las lesiones en los derechos fundamentales; todo ello, con la intención de generar participación activa por parte de los juzgadores, quienes podrán diferenciar el grado de lesión de los derechos fundamentales entre el caso precedente y el caso en cuestión, aun cuando su estructura fáctica sea similar.

12. Por último, la Corte Suprema intervendrá como garante de la correcta utilización del test de aplicación y del correcto uso del PAP, lo cual generará una desconcentración del poder en un solo Órgano y aportará a la transversalización del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en todas las instituciones que forman parte activa del ordenamiento jurídico nacional, adoptando así, mayor vigencia y protagonismo la comprensión y uso de estas ramas del Derecho.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la adopción del PAP, en favor de una mayor claridad técnica en la elaboración y emisión de la institución del precedente dentro de las sentencias del Tribunal Constitucional. Asimismo, permitirá la interacción de operadores jurídicos de las instancias judiciales, respecto a la evaluación de la estructura fáctica y los daños causados a los derechos fundamentales en su caso en cuestión, lo que, por consecuencia, ameritará mayor especialización en la rama del Derecho Constitucional.

2. Se postula la elaboración y aplicación de un test de aplicación que facilitará el procedimiento de ejecución del PAP dentro de las sentencias de instancias judiciales realizadas por los operadores jurídicos, siendo este test una serie de pasos consecutivos y preclusivos que permiten la correcta y eficiente valoración de los hechos y del derecho fundamental vulnerado, favoreciendo la identificación por parte de otros actores de la correcta o incorrecta aplicación del precedente.

3. Mediante la intervención de la Corte Suprema, como órgano revisor de las sentencias que utilizan el test de aplicación del PAP y se aparten del precedente, se propone una desconcentración del Derecho Constitucional en otros operadores distintos a los que emiten el precedente, generando expectativas de transparencia y objetividad en las revisiones, así como una mayor activación de otros órganos jurídicos distintos al Tribunal, en el campo del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

Aarnio, A. (2016). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.* Lima: Palestra Editores.

Barker, R. S. (2014). *El Precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos.* Lima: Editora Jurídica Grijley.

Bernal Pulido, C. (2007). El precedente constitucional en Colombia. En E. Carpio Marcos, & P. Grández Castro, *Estudio al precedente constitucional.* Lima: Palestra.

Cross, R., & Harris, J. W. (2012). *El precedente en el Derecho Inglés.* Madrid: Marcial Pons.

De Otto, I. (1995). *Derecho Constitucional: sistema de fuentes* (2da. ed.). Barcelona: Ariel.

Delgado Suárez, C. (21 de Agosto de 2018). Funciones de la Corte Suprema: realidad y reforma. (E. Perú, Ed.) *Jurídica: Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*(702).

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2006). El precedente constitucional: Sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana. *Estudios Constitucionales, 4*(1), 67-96.

Farnsworth, E. A. (1983). *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos.* Buenos Aires: Zavalia Editor.

Ferreres, V., & Xiol, J. A. (2010). *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (2da. ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Foucault, M. (2012). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones.* Madrid: Alianza Editorial.

Foucault, M. (2013). *El poder, una bestia magnífica* (3 ed.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

García Belaunde, D. (2014). El Precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal (A propósito del caso Provías Nacional Exp. N.° 3908-2007-PA/TC). En J. Tupayachi Sotomayor, *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú. Análisis y Doctrina Comparada* (2da. ed.). Adrus Editores.

Gómez Garrido, L. M. (2020). *Independencia judicial: el espacio de la discreción.* Madrid: Atelier.

Grández Castro, P. (2007). Las "peculiaridades" del Precedente Constitucional en el Perú. En E. Carpio Marcos, & P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional.* Lima: Palestra.

Highton, E. I. (2010). Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En A. von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (Vol. Tomo I , págs. 107-163). Distrito Federal, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Iturralde Sesama, V. (1995). *El precedente en el common law.* Madrid: Editorial Civitas S.A.

Iturralde Sesama, V. (marzo de 2013). Precedente Judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(4), 194-201.

Levi, E. H. (1964). *Introducción al razonamiento jurídico.* Buenos Aires: EUDEBA.

López, D. (2011). Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política: ¿Qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el Derecho colombiano? En M. Aramburo Calle, *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho* (Vol. Tomo II). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

Lord Asquit. (1950). *Journal of the Society of Public Teachers of Law*.

Lord Wright. (1943). Precedents. *Cambridge Law Journal, 8*.

MacCormick, N. (2017). *Retórica y Estado de Derecho, Una teoría del razonamiento jurídico.* Lima: Palestra.

Magaloni Kerpel, A. L. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano.* Madrid: Mc Graw Hill.

Martínez Alarcón, M. L. (2004). *La independencia judicial .* Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .

Montoya Chávez, V. H. (2015). *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014).* Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

Montrose. (1953). *Annual Law Review of the University of Western Australia.*

Moreso, J. J. (2014). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Segunda Edición ampliada ed.). Lima: Palestra Editores.

Ramos Nuñez, C. (2008). *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Rodríguez Santander, R. (2007). El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos. En E. Carpio Marcos, & P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional.* Lima: Palestra.

Rubio Correa, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional.* Lima: Fondo Editorial PUCP.

Ruiz Sanz, M. (2009). *La construcción coherente del Derecho.* Madrid: Dykinson .

Sandel, M. J. (2011). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Penguin Random House.

Simón Pérez, V. M. (2001). El ego, la conciencia y las emociones: un modelo interactivo. *Psicothema, 13*(2), 205-213.

Stuart Mill, J. (2020). *Sobre la libertad.* Barcelona: Página Indómita.

Taruffo, M. (2003). *"Segunda lección: el Precedente" Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal.* México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral.

Velezmoro, F. (2010). El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neoconstitucionalismo. En S. Castañeda Otsu, & F. Velezmoro, *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.* Lima: Grijley.

Villamil Portilla, E. (2004). *Estructura de la Sentencia Judicial.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

Zaneti Jr., H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes. Teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes* (Primera ed.). Lima: Raguel Ediciones.

Referencias electrónicas

Abad Yupanqui, S. (1992). Límites y Respeto de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar. *THEMIS Revista De Derecho*(21), 7-15. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10909

Alexy, R. (2009). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Foro Jurídico*(9), 40-48. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18513

Backenköhler Casajús, C. J. (2019). Trasplante jurídico. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*(17), 262-275. doi:https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5032

Blume Fortini, E. (1996). El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la constitución. *Derecho PUCP*(50), 125-205. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5927

Castillo Córdova, L. (Enero de 2008). Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano. *Jus Constitucional*(1), 55-74. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2075

Eto Cruz, G. (2016). Curso: La Transversalización del Derecho Constitucional. *Material Auto Instructivo*. (A. d. Magistratura, Ed.) Lima , Perú . Recuperado el 01 de Febrero de 2022, de http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/690

Ferrajoli, L. (Julio - Diciembre de 2006). Sobre los Derechos Fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*(15), 113-136. doi:https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2006.15.5772

García Belaunde, D. (2017). El precedente constitucional extensión y límites. *Pensamiento Constitucional*(22), 83-107. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19940

Indacochea Prevost, Ú. (2008). ¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación. *Themis Revista de Derecho*(55), 97-108. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9227

Landa Arroyo, C. (2010). Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(14), 193-233. Obtenido de https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-14-enerodiciembre-2010/los-precedentes-constitucionales-el-caso-del-peru-1

León Pastor, R. (Enero de 1996). Diagnóstico de la Cultura Judicial Peruana. *Trabajo de investigación(1)*. Lima, Lima, Perú: Academia de la Magistratura. Recuperado el 27 de Enero de 2022, de http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/93/diagnostico_cultura_peruana.pdf?sequence=9&isAllowed=y

Lifante Vidal, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(36), 85-105. doi:https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04

López Flores, L. (2017). El control constitucional en el Perú ¿Un modelo aún por armar? *VOX JURIS, 34*(2), 73-97. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6222555

Morales Godo, J. (2010). La función del juez en una sociedad democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal, 4*(1), 1-34. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2397

Nakazaki Servigón, C. A. (2014). ¿Potestad del Juez de desvinculación de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo en el Penal en el sistema jurídico peruano? *Athina*(11), 141-157. doi:https://doi.org/10.26439/athina2014.n011.2034

Núñez Vaquero, Á. (Junio de 2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho (Valdivia), 31*(1), 51-78. Obtenido de http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3118

Orrego Sánchez, C. (2009). La objetividad del derecho como función de la subjetividad/objetividad del juez. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII, 33*(2), 599-619. Obtenido de http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/719

Pérez Luño, A. E. (2000). La seguridad jurídica: Una garantía del Derecho y la Justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho*(15), 25-38. Obtenido de http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575

Quiroga León, A. (1996). Control «Difuso» y control «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano. *Derecho PUCP*(50), 207-233. doi:https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.006

Taruffo, M. (Diciembre de 2012). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *IUS ET VERITAS*(45), 88-95. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991

Zaccaria, G. (Abril de 2010). La jurisprudencia como fuente de derecho: Una perspectiva hermenéutica. *ISONOMÍA*(32), 93-117. Obtenido de https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/266

Tesis

Morales Saravia, F. (2016). El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú: Análisis jurisprudencial de la última década 2005-2015 [Tesis para optar el título de Magíster]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado.

Morocco, E. (2016). El overruling en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano y su incidencia en los derechos fundamentales [Tesis para optar el título profesional de Abogado]. Lima: Universidad Privada del Norte.

Ramírez Figueroa, J. L. (Julio de 2018). Los hechos en el precedente: fundamentos para una reconstrucción racional del precedente constitucional en el Perú [Tesis para optar el título de Magíster]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado.