

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Nº 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

| | |
|--------------------|----|
| PRESENTACIÓN | 17 |
|--------------------|----|

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

| | |
|---|----|
| DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL..... | 29 |
|---|----|

Alan E. Vargas Lima

| | |
|---|----|
| EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA. APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA* | 53 |
|---|----|

Nadia Paola Iriarte Pamo

| | |
|--|----|
| EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... | 81 |
|--|----|

Carlos Trinidad Alvarado

| | |
|--|-----|
| BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL | 105 |
|--|-----|

Daniel Yacolca Estares

| | |
|--|-----|
| POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL..... | 149 |
|--|-----|

Beatriz Franciskovic Ingunza

| | |
|--|-----|
| LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ | 157 |
|--|-----|

Luis R. Sáenz Dávalos

| | |
|---|-----|
| EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE | 181 |
|---|-----|

SECCIÓN MISCELÁNEA

| | | |
|--------------------------------------|--|------|
| <i>Néstor Pedro Sagüés</i> | JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES | 22 I |
| <i>Domingo García Belaunde</i> | LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ..... | 23 I |
| <i>Manuel Jesús Miranda Canales</i> | REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA. A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... | 255 |
| <i>Aníbal Quiroga León</i> | LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE. UNA MIRADA CONSTITUCIONAL | 26 I |
| <i>Pedro A. Hernández Chávez</i> | EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO. APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES..... | 285 |
| <i>Óscar Díaz Muñoz</i> | LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO... | 33 I |
| <i>Marco A. Huaco Palomino</i> | POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD. UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ | 345 |
| <i>Areli Valencia Vargas</i> | CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS. APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA..... | 379 |
| <i>María Candelaria Quispe Ponce</i> | ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH | 399 |

| | |
|--|-----|
| <i>Melissa Fiorella Díaz Cabrera</i> | |
| EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... | 429 |
| <i>José Reynaldo López Viera</i> | |
| EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL | 447 |
| <i>Roberto Cabrera Suárez</i> | |
| ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES. APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO | 467 |
| <i>Roslem Cáceres López</i> | |
| CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL..... | 479 |
| <i>Miguel Alejandro Estela La Puente</i> | |
| FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA..... | 505 |
| <i>Christian Donayre Montesinos</i> | |
| UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA | 531 |
| <i>Luis Andrés Roel Alva</i> | |
| EL DERECHO A LA NACIONALIDAD. UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO | 549 |
| <i>Raffo Velásquez Meléndez</i> | |
| RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS..... | 563 |
| <i>Alfredo Orlando Curaca Kong</i> | |
| EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL. UNA BREVE MIRADA | 615 |
| <i>Manuel Bermúdez Tapia</i> | |
| LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO..... | 623 |

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS
POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.

APROPÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRE-
SIDENTE DE LA REPÚBLICA.

¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC

711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIO-
NES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC
(ACUMULADO)

725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBU-
TARIAS.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/
TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020)

735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRI-
MONIO IGUALITARIO.....

749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-79.....

797

**SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO..... 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL..... 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL..... 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES..... 883

Los orígenes del precedente constitucional en el Perú^{**}

✍ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE^{***}

1. El precedente: un concepto impreciso

Como tantas palabras del idioma castellano, la de “precedente” puede significar muchas cosas. Y así ha sido desde siempre. En materia jurídica y más en concreto en lo jurisprudencial, es toda aquella resolución que se dicta a través de un órgano jurisdiccional y que constituye un referente para terceros. Y esto ha tenido diversas modalidades y alcances entre nosotros. Una de ellas ha sido publicar sumillas de la jurisprudencia suprema que tienen más bien un carácter orientador (y así se ha hecho desde 1906 con los **Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República** y también en dos publicaciones de larga influencia y hoy desaparecidas: **Revista de los Tribunales** desde 1931 y luego con la **Revista de Jurisprudencia Peruana** desde 1943).

231

* El presente texto se publicó en “Ius Inkarrí”, Universidad “Ricardo Palma”, núm.9, 2019 así como en el Anuario Peruano de Derecho Constitucional. Constitución y Proceso 2020-2021, N° 1, que edita la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y continúa temas expuestos anteriormente en diversos ensayos míos, en especial El precedente constitucional: extensión y límites en “Pensamiento Constitucional”, núm. 22, 2017, con abundante bibliografía a la que me remito. En esta oportunidad ha sido nuevamente revisado y corregido. (Nota de junio de 2021).

** Estado totalmente concluido el presente trabajo, el Congreso de la República aprobó por insistencia el auto denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional” mediante Ley N° 31307 publicada con fecha 23 de julio del 2021, norma esta última que deroga el Código Procesal Constitucional del 2004 promulgado mediante Ley 28237. En tanto el objeto del presente trabajo es básicamente histórico doctrinario en nada lo afecta. En cualquier caso conviene anotar que la regulación que en materia de precedente contiene esta norma y que ahora se encuentra en el Artículo VI de su Título Preliminar, reitera en esencia lo que ya existía en el Código anterior agregando algunos aspectos de forma, extendiendo el precedente al ámbito del Poder Judicial y estableciendo reglas en torno al quorum para expedirlo, modificarlo o dejarlo sin efecto. El estudio de estos aspectos no viene al caso por ahora (Nota de edición).

*** Profesor de Derecho Constitucional. Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

En el campo de la docencia universitaria, la situación fue similar. Y como muestra señalemos dos ejemplos en el área civil y en la penal, que son materias básicas para la formación del futuro abogado. En cuanto a lo primero, Jorge Eugenio Castañeda publicó un **Código Civil** con comentarios después de cada artículo, al cual le seguía una selección de jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, Julio Espino Pérez hizo lo mismo con el Código Penal y por eso fueron de uso obligado en la década del sesenta y setenta del siglo pasado, en las principales universidades del país. Y que alcanzaron ambas varias ediciones de largo tiraje. No solo por la fidelidad a las fuentes, sino porque contenía jurisprudencia que servía para mejor entender los dispositivos del Código y además ser orientadores para el litigio.

Es decir, la jurisprudencia siempre fue un referente necesario, si bien no obligaba en sentido estricto, con las excepciones que nunca faltan. Hoy existen otras modalidades de crear obligatoriedad (como es el caso de los “Acuerdos Plenarios” de la Corte Suprema, si bien lo es por áreas) y precedentes administrativos (como en el caso del Tribunal Fiscal), así como legislación positiva, pero que es reciente. La primera vez que aparece en el derecho positivo peruano, *ipso nomine*, fue en 1982, con la Ley de Habeas Corpus y Amparo núm. 23506. Veamos cómo, pero repasemos antes el contexto dentro del cual nos movemos.

2. Las familias jurídicas

Para mejor ubicarnos, es bueno que tengamos presente que, así como hay lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio de los comparatistas y que hay que tener presente. Entre lo relativamente reciente se tiene la obra del gran comparatista francés René David y más cercanamente de los tratadistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz, que han precisado mucho las clasificaciones de las llamadas familias jurídicas, sin dejar de lado la importancia de la familia romanista, romano-germánica o romano canónica, que es en la cual nos movemos. Al margen de que algunos estudiosos consideran conveniente hacer más clasificaciones, si bien no independientes, como aquellas que postulan la existencia de un derecho latinoamericano (cf. Alessandro Somma, **Introduzione al diritto comparato**, Editori La Terza, Roma-Bari 2014, pp. 70-92. Un intento de concretar esta idea lo vemos en Ricardo D. Rabinovich-Nekerman, **Principios generales del derecho latinoamericano**, Edit. Astrea, Buenos Aires 2017).

Dentro de esta clasificación se encuentra la llamada familia del “common law” que, siendo posterior al romanismo, ha desarrollado instituciones propias y modalidades interesantes. De ahí viene el concepto de “precedente” que no califica como “vinculante” ni “obligatorio”, porque no es necesario decirlo. Y que cubre todo el ordenamiento y no una de sus parcelas. Su alcance viene dado por el sistema que se caracteriza por el “stare decisis” y la figura, más coloquial que jurídica, del “leading case”.

Existente en Inglaterra y sobre todo en los Estados Unidos de América, se ha ido extendiendo a gran parte de los estados, si bien lentamente, sobre todo en la América Latina y además con flexibilidad. En el Perú, con prácticas similares y como fruto jurisprudencial, solo se incorporó a su derecho positivo en 1982, como en detalle lo vemos a continuación.

3. La Comisión de 1981. Sus inicios

Mediante Resolución Suprema núm. 059-81-JUS de 1 de septiembre de 1981, el entonces Ministro de Justicia doctor Enrique Elías Laroza, nombró una comisión integrada por Pedro Arnillas Gamio, Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart, Javier Velarde Santa María y yo como su presidente, a fin de preparar un proyecto de ley que regule las acciones de Habeas Corpus y Amparo, instituciones estas diseñadas en su forma moderna en la entonces reciente Constitución de 1979. Entiendo, por la información que recabé entonces, que la idea partió del ministro Elías Laroza y tuvo el apoyo entusiasta del presidente Belaunde. La Comisión se instaló formalmente el 4 de septiembre de 1981, con la asistencia del ministro de Justicia, el viceministro Ernesto Blume Fortini y el secretario general Jorge Power Manchego-Muñoz (*El Peruano*, 5 de septiembre de 1981). Sesionó más de tres meses, una vez a la semana y por varias horas, en el local del Ministerio de Justicia, entonces alojado en la zona lateral derecha del Palacio de Gobierno y con salida a la calle de Pescadería y presentó su Anteproyecto y correspondiente Exposición de Motivos. Esta última se publicó en el diario oficial **El Peruano** con fecha 7 de febrero de 1982. Mediante Resolución Suprema núm.152-81-JUS de 10 de diciembre de 1981, se dio por concluidas las labores de la Comisión y se agradeció a sus miembros por la labor realizada.

La Comisión fue sin lugar a dudas un lugar de encuentro y diálogo constructivo. Y si bien todos colaboraron e hicieron posible su concreción, lo cierto es que la presencia de Alberto Borea fue decisiva, ya que era un especialista muy

calificado y además profesor de la materia. Y sin falsas vanidades, debo decir que mi colaboración también fue de relieve. Debo recordar que cuando originalmente me llamó el doctor Enrique Elías Laroza, a quien conocía muy bien desde los claustros universitarios, le propuse que nombrase como miembro de la Comisión a Javier Valle-Riestra, pero este se negó a aceptar el encargo, excusándose en su condición de congresista en aquella época (era diputado por Lima). No obstante, asistió a muchas de nuestras sesiones y nos brindó su invaluable apoyo. En términos generales, podría decir lo siguiente:

- i) La parte preliminar, la redacté y presenté yo,
- ii) La parte de Amparo, la presentó y defendió Alberto Borea,
- iii) La parte de Habeas Corpus la preparó y nos la remitió Javier Valle-Riestra, que no solo nos acompañó en el debate interno de la Comisión, sino que igual lo hizo en el hemiciclo, cuando nuestro proyecto fue discutido en el Congreso.

234

La presentación de estos tres proyectos, fue materia de intensa discusión y se llegaron a acuerdos que finalmente se plasmaron en el anteproyecto, si bien no fue así en todos los casos. Borea planteó, entre otros temas, el problema de la queja deficiente, la inconstitucionalidad por omisión y sobre todo el hecho de que el Estado no pueda iniciar un proceso constitucional contra el mismo Estado (hoy se ve, por ejemplo, como la SUNAT demanda al Tribunal Fiscal en forma desenfadada y el Tribunal Constitucional no hace nada...). Y si bien todo giró en torno a los tres proyectos presentados, lo cierto es que los demás miembros de la Comisión tuvieron un importante cometido por sus observaciones y sugerencias. Un tema aparte que abordó la Comisión fue el de la jurisdicción supranacional, en el cual fue nuestra gran ayuda el proyecto y la información que nos proporcionó César A. Delgado Guembes y que prácticamente se aprobó tal cual.

Centrándome ahora en el tema del precedente, debo decir que de acuerdo a la Exposición de Motivos, en ella se dice lo siguiente en relación con lo nuestro: “El artículo 9 establece la jurisprudencia obligatoria en materia de Habeas Corpus y Amparo...”. Cabe anotar que esta propuesta de artículo, incluida en la parte preliminar, fue mía y aceptada sin mayor discusión por los demás miembros y que como tal la incorporé en el Anteproyecto, el cual conjuntamente con

la Exposición de Motivos fue redactada por mí, con el apoyo y aprobación de los demás miembros. El trabajo durante esos meses fue de cordialidad, diálogo en el trabajo e intercambio de ideas. Solo en un punto hubo una discrepancia insalvable con Alberto Borea, que lo puso de manifiesto en opinión singular y así aparece en la parte final de la Exposición de Motivos. En el debate parlamentario, se eliminó la parte que habíamos dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual se dejó para más adelante y nuestra ley, con ligeros retoques, se aprobó tal cual. La versión oficial de la ley publicada en el diario oficial **El Peruano** el 8 de diciembre de 1982, dice lo siguiente en su artículo 9:

Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución (énfasis añadido).

¿Qué fue lo que me decidió por esta opción que, sin dubitación alguna, fue compartida y aceptada generosamente por mis colegas? A la distancia, pienso que se debió a dos motivos: uno de ellos era lo que entonces se hacía en la Corte Suprema de Justicia: las “Circulares” que preparaba para que las Cortes Superiores de provincias lo tuviesen presente en el caso de nuevas leyes y problemas recurrentes y que se fallase de acuerdo con los criterios plasmados en ellas, las que posteriormente se recogían en los **Anales Judiciales**. Cuando mi padre fue presidente de la Corte Suprema de Justicia (1967-1969) colaboré con él, muy modestamente, en algunas de ellas. Lo otro es el conocimiento del “precedente” en el “common law” de Norteamérica, que lo hizo posible mi estancia en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin en 1969, y que en parte había utilizado en mis materiales de enseñanza de la Universidad Católica desde 1970. Mi interés en la jurisprudencia y su sistematización empezó entonces y ha estado siempre presente en mi labor académica, como se puede apreciar desde mi juvenil libro **El Habeas Corpus interpretado** de 1971.

La importancia de este texto de 1982, es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de “precedente” con todas sus letras, aun con sus limitaciones. Su redacción quizá no fue muy afortunada, pero en sustancia recogió lo que es un precedente. Por eso su aparición marca un inicio,

si bien, como sucede con todas las innovaciones, su influencia no fue grande. La ley, sin embargo, fue muy bien aceptada por la comunidad jurídica de entonces. Recuerdo que el doctor Max Arias-Schereiber Pezet, decano entonces del ilustre Colegio de Abogados de Lima, organizó un debate con nosotros como expositores en el auditorio principal del Colegio y con una gran concurrencia de abogados.

Con posterioridad a la ley 23506, se dieron otros cambios y modificaciones a la ley que, si bien no afectaron lo sustancial, fueron de interés. En esta segunda etapa la actividad de Borea fue fundamental (en especial con la ley 25398) a lo que luego siguieron otras normas que pretendieron desactivar este planteo garantista. El ciclo se cerró poco después de 1993.

La ley 23506 tiene, según entiendo, una enorme trascendencia, pues ensaya por vez primera un enfoque integral para la defensa de los derechos fundamentales a través de procesos específicos, lo que antes no existía. Como se recuerda, el *Habeas Corpus* se introduce por vez primera en el Perú mediante ley de 21 de octubre de 1897, para la sola protección de la libertad personal. Y se eleva a nivel constitucional recién en la Carta de 1920. Ese mismo año, la tramitación del habeas corpus se inserta en el Código de Procedimientos en Materia Criminal y considerado como “recurso”. Lo mismo se reitera en 1940 en el Código de Procedimientos Penales. Este camino se cierra, por así decirlo, con la ley 23506, que es la más importante en este rubro en la última centuria, pues cierra un período y abre otro. El posterior y vigente Código Procesal Constitucional es un paso adelante, que necesariamente se apoyó en lo existente.

Finamente, cabe aclarar que en el mencionado artículo 9 de la ley 23506, se utilizan como sinónimos los términos “jurisprudencia obligatoria” y “precedente”. Esto en parte por razones de fraseo y en parte porque ambos se refieren a lo mismo y no a dos situaciones distintas que, de ser el caso, lo habríamos dicho. En efecto, la doctrina en forma pacífica sostiene que el “precedente” es prácticamente lo mismo que el “stare decisis”, ya que los jueces al momento de resolver, siempre miran al pasado para obtener información y respuestas a los casos que se les plantean y extraer normas que les sean aplicables. Y al hacerlo así, contribuyen a dar consistencia y predictibilidad al Derecho. (vid. la voz “precedent” en **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**, edited by Kermit L. Hall, Oxford University Press, N.Y. 2005).

4. Una Comisión de profesores

Cuando se aprobó y puso en marcha la Constitución de 1993, esta presentó un nuevo perfil de la defensa de la Constitución y en dos niveles, a) la creación de nuevas “acciones de garantía”, que así se les llamaba entonces, y ii) la distinta configuración del nuevo órgano concentrado al que se le dio más competencias y distinta composición, así como el cambio de nombre (Tribunal Constitucional, en reemplazo del nombre adoptado en la Constitución de 1979: Tribunal de Garantías Constitucionales, que venía de la Constitución española de 1931).

En ese contexto, la ley 23506, si bien sometida a reformas debido a los cambios constitucionales, se encontraba desfasada. Fue así que en mayo de 1994 tuve un encuentro casual con Juan Monroy Gálvez en la sala de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en donde ambos enseñábamos y fue ahí donde hablamos largo sobre la protección constitucional de los derechos. Me dijo, entre otras cosas, que la nueva Constitución había cambiado la nomenclatura de los derechos y además que era necesario revisar la ley 23506 y darle una mayor fisonomía procesal (como por ejemplo precisar que las acciones de garantía señaladas en la Constitución eran en puridad procesos constitucionales). Admití que tenía toda la razón y fue por eso que me propuso crear una Comisión *ad hoc* al margen del Estado (no olvidemos que vivíamos bajo la dictadura de Fujimori) y con colegas que nosotros escogeríamos de común acuerdo y que tuviesen capacidad de aportar a nuestro proyecto. Este intercambio de ideas duró en implementarse algunos meses, en parte por algunos problemas familiares que yo tuve que afrontar. Entre tanto, en su carta de 3 de junio de 1994, Juan Monroy me había adelantado opinión en el sentido de que este proyecto nuestro debíamos denominarlo “ley procesal constitucional”).

Acordada la agenda, nos pusimos a la tarea de buscar nombres, así como hablar con los interesados, hasta que finalmente, se fijó su composición final. Fuimos: Arsenio Oré Guardia, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Samuel B. Abad Yupanqui, Juan Monroy Gálvez y yo.

La Comisión se instaló el 16 de marzo de 1995, en donde se elaboró una agenda común. Acordamos algunos asuntos previos: Samuel Abad sería el encargado de la agenda y de las comunicaciones con los demás miembros (lamentablemente no previmos la confección de actas y solo quedan apuntes de algunas

acuerdos o sesiones que hicimos algunos de nosotros) y yo como coordinador de la Comisión. El local donde funcionamos los primeros tres largos años - que fueron los más intensos y productivos - fue el de la Comisión Andina de Juristas ubicado en la calle Los Sauces. Luego pasamos al Estudio Javier de Belaunde, en la calle Miguel de Cervantes y finalmente en 2001 al Estudio Monroy, en la calle Roma, donde terminamos nuestra labor en 2003. Todos ellos en el distrito de San Isidro.

La idea era hacer una ley general, que tendría la calidad de orgánica, ley reguladora, ley procesal, ley de procesos constitucionales, ley procesal constitucional (como me propuso Juan Monroy) o ley de jurisdicción constitucional, al estilo de Costa Rica. Solo meses más tarde y luego de vacilaciones, optamos por la de “Código” a mediados de 1997, por sugerencia de Jorge Danós y teniendo presente que existía aprobado en la legislatura provincial de la provincia de Tucumán (Argentina) y desde 1995, un Código Procesal Constitucional – iniciativa de nuestro amigo Sergio Díaz Ricci – y que, por desidia del gobernador, solo se promulgó en marzo de 1999 (cf. Sergio Díaz Ricci, **El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica** en “Revista Peruana de Derecho Público”, núm. 1, julio-diciembre de 2000).

5. Los debates de la Comisión

Según comunicación de Samuel Abad remitida a todos nosotros el 23 de junio de 1995, la primera sesión de trabajo de la Comisión ad-hoc luego de la instalación, sería el 5 de julio de 1995 a las 19 horas y en el local de la Comisión Andina de Juristas. Ese día se iniciaría el debate teniendo como referente un “Anteproyecto sobre principios generales y aspectos constitucionales”, elaborado por mí para iniciar nuestro trabajo y que fue remitido a todos los miembros para su lectura y con la debida anticipación. Ahí introduje el tema del precedente en el artículo 14 de mi proyecto –que era en sustancia el artículo 9 de la ley 23506–. Fue discutido ampliamente y aprobado todo el proyecto con algunos cambios, pero el artículo 14 se mantuvo tal cual, quedando pendiente de hacer un agregado específico sobre el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia.

Mediante comunicación de 15 de septiembre de 1995, Samuel Abad nos remite un primer proyecto de lo acordado hasta ese momento. Ahí vemos el avance en esta materia, lo que incluye una nueva numeración:

ARTÍCULO 13. JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. -Las resoluciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces fundamentarán en forma expresa las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución, bajo responsabilidad (*énfasis añadido*).

Los jueces y tribunales deben interpretar y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Es decir, a esta fecha ya estaba prácticamente formulado y aprobado un esquema sobre el precedente que, con idas y vueltas, terminó siendo el texto legal de 2004. Lo interesante de este artículo es lo siguiente: tiene dos párrafos, el primero de los cuales es mi propuesta en la primera sesión de trabajo de la Comisión y que proviene en sustancia del artículo 9 de la ley 23506. La segunda parte es nueva y ha sido introducida en el debate posterior como un complemento, en el cual se precisa cual es el papel del Tribunal Constitucional dentro del uso del precedente. Así fue pensado y propuesto por Jorge Danós Ordóñez desde un primer momento y en el entendido que era un segundo párrafo del mismo artículo e inspirado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 26435 de 1995. O sea, un solo tema dividido en dos y que se mantendría en el debate hasta el final, con los ajustes que el debate imponía.

El 8 de enero de 1996, Samuel Abad nos envía una carta circular adjuntando un proyecto general, que será materia de debate. Este proyecto incluye el Título I cuyo artículo VII tiene esta sumilla: **Jurisprudencia obligatoria**. Y que es básicamente igual al anterior. Mediante carta de 18 de enero de 1996, Samuel Abad nos envía el cronograma adoptado para los temas pendientes y así poder terminar el primer borrador de la nueva ley. Los temas -con excepción de la parte preliminar que ya ha sido vista- se distribuyen de la siguiente manera:

Amparo: Eguiguren/Abad

Habeas Corpus: Oré

Cumplimiento: Danós/Abad

Habeas Data: García B.

Acción Popular/Competencia/Inconstitucionalidad: Danós

Medida cautelar amparo: Monroy

Disp. Finales: García B./Monroy

Hace falta una precisión: salvo la parte preliminar que por propia iniciativa presenté yo como se ha visto, se acordó repartir los temas entre todos los miembros, de manera tal que luego de la distribución del trabajo, cada uno preparaba su proyecto para su discusión y aprobación. Hecho esto, se juntaban todas las partes y así se tenía un primer borrador que sería discutido en varias sesiones, hasta llegar a la versión final y definitiva, que solo estaría lista en 2003. Si bien para efectos prácticos el texto estuvo casi terminado a fines de 1999 y redondeado en 2001. Y esto fue en debates de varios meses de los que aquí se da cuenta solo de los principales, como en detalle veremos más adelante. Y en ellos nada impedía que cada cual pudiese intervenir en los demás temas. Y, además, en medio de un ambiente de camaradería y colaboración, en la cual cada uno deba lo mejor de sí y de su experiencia. Y en donde al final los resultados eran fruto de un cambio de ideas y experiencias comunes, en aras de llegar a resultados consensuados. Así, por ejemplo, Francisco J. Eguiguren tuvo destacada participación en la parte relativa al Habeas Data y los derechos que protege, para superar la rigidez constitucional. E igualmente se interesó especialmente en algunos puntos relacionados con las causales de improcedencia del Amparo, sobre lo cual tenía artículos publicados de interés (principalmente sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho y su carácter residual). Por su parte, ciertos giros eminentemente procesales fueron la preocupación permanente de Juan Monroy Gálvez, como es fácil apreciar en la versión final de nuestro proyecto.

Un aspecto importante en nuestro proyecto, que ya he adelantado, es el relativo a la **subsidiaridad** del Amparo, que está incorporado en los arts. 5 y 45 del Código Procesal Constitucional. Y que fue objeto de un debate relativamente breve y que no tuvo mayor discusión, pues hubo un consenso en este punto. Para entender esto, hay que recordar que la ley 23506 señaló en su artículo 6, inc.3 una situación tal que permitía que el justiciable o demandante, utilizase, indistintamente, la vía extraordinaria de las “acciones de garantía”, o la ordinaria

(o sea, la que señalan básicamente los códigos procesales civil y penal). Esto obedeció a una situación determinada que existía en el mundo judicial y fue fruto del momento. En efecto, en el período 1981-1982 en que se redacta y aprueba dicha norma, salíamos de la dictadura militar que gobernó al país en dos etapas y por un total de doce años: 1968-1980, la que había intervenido y sometido al Poder Judicial, y que no era garantía de nada. Por tanto, teniendo esa experiencia a la vista, señalamos que el interesado podía recurrir a las vías ordinarias o a las “acciones de garantía”, a voluntad. Es decir, se convirtió en una libre elección del interesado o, mejor dicho, en una opción de cada cual. Pasado el tiempo, la situación era otra, decididamente, motivo por el cual pensamos todos - sobre todo por iniciativa de Francisco Eguiguren, apoyado por Samuel Abad - que había que crear, en principio, un proceso con requisitos previos y esto incidía sobre todo en el Amparo, para que sea residual, es decir, subsidiario y solo cuando no existían vías adecuadas. Y así quedó al final, apoyado por todos los miembros de la Comisión, si bien con algunas pequeñas imprecisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado. Esto, por cierto, no ha creado una menor carga procesal, pero sí ha ordenado nuestro panorama de defensa de los derechos fundamentales.

Continuando con nuestras labores, en mayo de 1996 se tiene un primer proyecto general. Se mantiene lo de “jurisprudencia obligatoria” que pasa a ser el art. VIII del Título Preliminar. El proyecto tiene un total de 90 artículos y varios más de disposiciones finales.

Una reunión de trabajo con Néstor P. Sagüés, Vladimiro Naranjo y Francisco Fernández Segado, entonces en Lima, lleva a elaborar un nuevo proyecto general y revisado en julio de 1996. Se mantiene el artículo VIII del Título Preliminar, con la sumilla siguiente: “Vinculación del precedente jurisprudencial”.

En julio de 1996, el que entonces llamamos “Anteproyecto de ley reguladora de los procesos constitucionales” mantiene el artículo VIII en los términos antes expuestos y cubre todo el espectro.

En enero de 1997 se presenta un nuevo “Anteproyecto” con innovaciones. El artículo sobre el precedente pasa a ser el número VI del Título Preliminar. El proyecto circuló entre manos amigas y mereció una nota, meramente informativa, en el diario oficial **El Peruano** de 25 de febrero de 1997.

Luego de algunos meses de reuniones distanciadas, se arriba a un nuevo proyecto que recoge lo anterior y queda consagrado el artículo VIII del Título Preliminar, como desarrollo del anterior art. 13.

Tras intercambios telefónicos y por carta - fax y email - se envía la versión final a todos los miembros de la Comisión para sus comentarios y propuestas y poder tener listo un nuevo texto a mediados de 1998. Entre los comentarios recibidos destaca una larga y detallada carta de nueve páginas que envía Juan Monroy Gálvez el 30 de julio de 1998, en donde repasa críticamente todo el proyecto, señala ligeras diferencias con lo acordado y hace diversas sugerencias, pero no objeta el uso de “jurisprudencia obligatoria” ni el de “precedente” que entonces se manejaba. Una versión de 2001 circula sin mayores cuestionamientos y es publicada por Aníbal Quiroga León, con una nota de presentación, en la **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, núm. 1, enero-junio 2004, pp. 251-282, editada en México y que tendrá una gran circulación.

242

La última y definitiva revisión del proyecto se aprobó a mediados de 2003, en donde se hizo una revisión total y quedó firme el 23 de septiembre 2003. Aquí vemos en el Título Preliminar:

- i) La parte final del artículo VI que establece la obligación de los jueces de seguir las resoluciones del Tribunal Constitucional y
- ii) El artículo VII que es el precedente propiamente dicho.

El trabajo de la Comisión prácticamente finaliza en 2000 y entramos en un compás de espera, con reuniones eventuales en el período 2000-2003. A fines de 1998, Alfredo Quispe Correa, entonces Ministro de Justicia de Fujimori, me buscó para pedirme el texto de nuestro proyecto para publicarlo en el diario oficial **El Peruano**, como paso previo para pedirle al presidente Fujimori su debate en el Congreso. Conversé el tema con mis colegas y se opusieron y todo quedó ahí. Se lo informé a Quispe Correa y me entendió.

El cambio político nos ayudó. Fujimori participó en el proceso electoral para un tercer período, lo cual fue su gran error. Inició uno nuevo en julio de 2000 y en noviembre renunció al cargo desde el Japón y por fax. Un gobierno presidido por Valentín Paniagua, entonces presidente del Congreso, asumió la transición hasta julio de 2001. Un nuevo período constitucional lo inauguró

Alejandro Toledo que cubre el quinquenio 2001-2006. Se presentaba así una nueva posibilidad para hacer realidad nuestro proyecto.

De la correspondencia cursada y recibida entonces –ya que habíamos enviado nuestro proyecto final a diversas autoridades y colegas pidiéndoles su opinión – rescato aquí el email de Luis A. Huerta de 26 de mayo de 2003 que nos hizo atinencias interesantes sobre el precedente. Por la misma época e incidiendo en lo mismo, lo hizo Nelson Ramírez. Recibimos comentarios de algunas cortes superiores del país que nos sugerían, muy cordialmente, algunos cambios en nuestro proyecto. Lamentablemente las encontramos, casi todas, muy voluntariosas, pero sin mayor comprensión del tema. Algunos fiscales nos solicitaron no eliminar el dictamen fiscal en los procesos de Habeas Corpus, pues al parecer se sentían incómodos de que les quitásemos “trabajo”. La verdad es que, por consenso, todos optamos por quitar al Ministerio Público toda intervención, pues la experiencia había demostrado que este era, precisamente, el cuello de botella que retrasaba los procesos constitucionales y que además no aportaba gran cosa. Lamentablemente, en este punto y en lo referente a los municipios (art. 15 del Código Procesal Constitucional), el Congreso durante la discusión del proyecto, introdujo una excepción que aún se mantiene.

243

La versión final del proyecto, debidamente revisado y corregido, fue aprobado el 23 de septiembre de 2003. Ahí se mantiene, en sustancia, el artículo VII del Título Preliminar, pero la sumilla se ha acortado: dice solo “Precedente”.

El último párrafo del artículo VI del Título Preliminar señala la obligación de los jueces y tribunales de interpretar de acuerdo a las resoluciones del Tribunal Constitucional, que venía desde antes, y que es simplemente una deducción del artículo VII sobre el precedente, pero puesto en forma aislada. Esto ha dado pie a una creación heroica del Tribunal Constitucional distinguiendo el “precedente” de la “doctrina jurisprudencial”, lo cual es una curiosidad innecesaria.

Por iniciativa de Pedro P. Grández y de su editorial Palestra, editamos nuestro anteproyecto, previamente revisado en septiembre de 2003. Preparamos una exposición de motivos fechada en octubre de 2003 y el libro salió en noviembre de 2003 y tiene la siguiente ficha:

Samuel Abad Yupanqui- Jorge Danós Ordóñez-

Francisco J. Eguiguren Praeli

Domingo García Belaunde-Juan Monroy

Gálvez- Arsenio Oré Guardia

Código Procesal Constitucional

Anteproyecto y legislación vigente

Palestra Editores, Lima 2003, 184 pp.

El artículo VI del Título Preliminar se mantuvo tal cual. Y también el siguiente artículo VII, cuyo texto final es así:

Artículo VII.- Precedente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos en los que sustenta tal decisión.

244

Este proyecto circuló ampliamente y apoyado por la editorial Palestra se difundió en provincias, a través de seminarios a los que viajamos varios de nosotros en esos días. A mí me tocó participar en un evento en Piura, en donde tuve el gusto de conocer personalmente a Luis Castillo Córdova, de quien tenía importantes referencias. Otros colegas lo hicieron en Lima y algunos en Arequipa, con el apoyo del Tribunal Constitucional.

Todo esto fue debatido en el parlamento durante el año 2003 y aprobado a inicios del 2004. Fue promulgado en mayo de 2004 por el presidente Toledo en una ceremonia especial en la sede del Tribunal Constitucional en el jirón Ancash, en la conocida como “Casa de Pilatos” - con la intervención mía por parte de la Comisión de profesores y la de Javier Alva Orlandini, como presidente del Tribunal Constitucional - y publicado en el diario oficial **El Peruano** de 31 de mayo de 2004. La parte final de nuevo Código preveía una *vacatio legis* y por tanto el nuevo Código entró en vigencia solo el 1 de diciembre de 2004. La idea que tuvimos en mente era que en ese período de seis meses, hubiese un plan ordenado de capacitación para los jueces, en quienes estaría la responsabilidad del manejo de los procesos constitucionales. Y efectivamente, la Academia de la Magistratura convocó en ese período a diversos profesores de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, para impartir cursillos específicos sobre el nuevo Código, con materiales de enseñanza, del cual salieron diversos ensayos que se publicaron luego.

Se encargaron de esos cursos, entre otros, los siguientes profesores: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Modulo I: Alcance, Título Preliminar y Disposiciones Generales del Código Procesal Constitucional; Luis Sáenz Dávalos (Módulo II: Procesos Constitucionales y Órganos Competentes); Susana Castañeda Otsu (Módulo III: Interpretación de los Derechos a la luz de los Tratados Internacionales); Edgar Carpio Marcos (Modulo IV: Control Difuso e Interpretación Constitucional. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes y el Código Procesal Constitucional) y José F. Palomino Manchego (Modulo VI: El Efecto Vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional).

En la actualidad y hasta donde alcanza mi información, este interés ha decaído y se ha dado preferencia a otro tipo de materias. Por lo demás, la capacitación de los jueces por parte de la Academia de la Magistratura ha venido a menos en los últimos años. En parte, por carecer de recursos para otorgar becas integrales a los jueces, que reemplacen los cursos nocturnos o de fin de semana, que no son una buena opción pedagógica.

6. La versión final promulgada

Finalmente, el Código Procesal Constitucional trajo la siguiente redacción:

Artículo VII.- Precedente.

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

Como puede apreciarse, este texto es básicamente el que se planteó y aprobó en la primera reunión de 1995, con los ajustes y afinamientos que se dieron en las sesiones posteriores, en especial en la versión de 2003. Y además con la reiteración de la palabra “precedente” para que no quede la menor duda.

El artículo VI destinado al control difuso e interpretación constitucional, consagra este párrafo final:

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales,

conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Conforme es fácil apreciar, es una versión básicamente igual al del originario artículo 13 aprobado por la Comisión en 1995, pero que ahora forma parte de otro artículo dedicado al “control difuso y a la interpretación”. Esto, por cierto, fue fruto de una revisión hecha por nosotros con fines de redacción y confirma que al final el Congreso respaldó el anteproyecto en sus líneas fundamentales. No obstante, esta separación ha originado una interpretación del Tribunal Constitucional mediante la cual ha dicho - como debía ser - que uno era el precedente, o sea el artículo VII, y el otro “doctrina” jurisprudencial, sobre cuyos alcances no existe todavía un criterio uniforme. Por lo pronto, es demasiada vanidad pensar que nuestro Tribunal Constitucional “crea” doctrina. Y por otro, el enunciado del artículo VI, parte final, es genérico, de carácter orientador y no tiene necesariamente efecto vinculante, como la experiencia lo ha demostrado. Este enunciado se parece a las tendencias o líneas jurisprudenciales que tenía la Corte Suprema de Justicia antes de los años ochenta del siglo pasado, en donde a una resolución determinada, la seguían otras de igual sentido y pasado el tiempo la propia Corte Suprema sentía que ataba sus decisiones, sin que esto significase que no podían modificar esa tendencia en el futuro. La pretensión fatua de hacer inamovible sus decisiones ha llevado a esta “creación” del Tribunal Constitucional, que la veo totalmente innecesaria. En efecto, uno es un precedente con todas sus letras, y la otra es una directiva en todos los procesos que es eso y nada más, porque es obvio que ambos textos no son iguales (y si lo fuesen, uno sobraría y estaría de más). Con el agravante de que la experiencia de la llamada “doctrina” jurisprudencial ha sido irrelevante, pues no ha sido respetada ni siquiera por el mismo Tribunal Constitucional, que ha hecho caso omiso de ella en infinidad de veces, con lo que, en los hechos, la ha terminado desautorizando. Pero se trata de un tema sobre el cual no hay la última palabra y conviene ser abordado en otra ocasión (véase de Luis Sáenz Dávalos, **La doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional**, en “Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional”, tomo 118, octubre de 2017).

7. Debates en torno al nuevo Código Procesal Constitucional

A diferencia del enunciado normativo de 1982 que pasó casi inadvertido, el de 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente seguido en otras aéreas

del ordenamiento peruano (el primero fue la modificatoria del artículo 301-A del entonces Código de Procedimientos Penales promulgado mediante Decreto Legislativo núm.959 de agosto de 2004, meses más tarde y del cual prácticamente es una copia). Y al que siguieron otros más.

La jurisprudencia con calidad de precedente vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa (son 52 casos hasta marzo de 2020) pero no ha sido ni firme ni coherente: no ha tenido un norte definido y en veces ha sido errática. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado “ex nihilo” un precedente en el caso “Vásquez Romero” (STC 00987-2014-PA/TC) que ha yugulado la actividad del Tribunal Constitucional, con tendencia al abandono del garantismo y con manifiesta inconstitucionalidad.

Sobre el tema del precedente hay mucho escrito, tanto a nivel general como constitucional, del cual hemos dado cuenta en otra oportunidad. Son planteos doctrinarios de fuste, que hay que tener presente. Aquí nos limitamos a un punto muy simple, casi un dato casero, cuál es su origen dentro de nuestra legislación. Y en este campo llama la atención lo que hemos leído recientemente - o mejor dicho revisado - en el importante libro de Edward Dyer (cf. Edward Dyer Cruzado, **El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho**, Ara Editores, Lima 2015, pp.346-353). Ahí hace una investigación muy seria, incluyendo entrevistas personales a Juan Monroy Gálvez y a mí, que son de interés, aun cuando no veo que hayan sido revisadas por los entrevistados que seguramente hubieran hecho algunas precisiones. Con todo, es inequívoca la declaración de Juan Monroy Gálvez, quien ha manifestado que la introducción del “precedente” en el Código Procesal Constitucional es una contribución suya - preparada y redactada por él - y que la tomó de su experiencia académica y profesional en el Brasil que tiene, como se sabe, las “súmulas” (la palabra “súmula” viene del latín - *summula* - y significa “sumario” o “resumen”). Esta declaración - que por lo demás expuso con mucha precisión en una conferencia de 2015 en la Academia de la Magistratura - me ha llamado la atención, pues no solo no la recordaba, sino que no existe ningún dato en los debates ni en los proyectos que así lo confirme. Aun más, preocupado por esta afirmación de la que supe hace algún tiempo, me puse a buscar en mi biblioteca mi file sobre la Comisión ad-hoc y que tenía por perdido en alguna mudanza, pero que he podido recuperar para este artículo y que es el respaldo de lo que aquí sostengo. Pero ahí no consta nada de las súmulas ni en la correspondencia ni en los proyectos cruzados entre sus miembros ni menos

su temprana propuesta sobre el precedente. Monroy ha sido un eficazísimo e insustituible colaborador de este Código, que en gran parte contribuyó a hacerlo realidad y no veo porque pretende, seguramente por una transcordacion de datos, hacerse de una paternidad que no le corresponde. En mis archivos no consta nada de esa supuesta colaboración y solo he podido obtener en fecha reciente un proyecto sin firma y que se le atribuye a él, en donde hace algunas atingencias sobre un proyecto de 2001 y en donde por vez primera incursiona en el texto del precedente (art.VII del Título Preliminar) sugiriendo usar en forma preferente la sumilla “sentencia normativa” en lugar de “precedente” que, puesto a discusión, nadie aceptó. Esto es, algo presentó, pero muy tarde y sin eco alguno. Y sin olvidar que antes de 2004 no existía en el Brasil la “súmula” vinculante. Lo que hubo desde un primer momento entre nosotros, es una aceptación preliminar del artículo 9 de la ley 23506 promulgada en 1982, que luego de debates, ajustes y afinamientos llegó al actual artículo VII del Código Procesal Constitucional, como consecuencia de un diálogo transparente y sin ninguna propuesta ajena. La tesis de la “súmula” y de su carácter inspirador del precedente, no se compadece con los hechos y esto por tres razones:

248

- i) El precedente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene su origen en el artículo 9 de la ley 23506 de 1982 y fue planteado por mí en la primera sesión de trabajo de la Comisión de profesores en 1995. Y luego discutido y perfilado en el transcurso del tiempo, hasta llegar al texto actual.
- ii) La “súmula” existente desde 1963 en el derecho brasileño, era un diseño pensado con fines de facilitar el manejo de los procesos. Dicha “súmula” era lo mismo que las “sumillas” que aquí preparaba la Corte Suprema de Justicia de los juicios que resolvía. Solo cuando en diciembre de 2004 se crea la “súmula vinculante” en el Brasil, la que será reglamentada por ley de 2006, podemos decir que estamos ante un precedente, por lo menos en sus aspectos centrales.
- iii) La “súmula” que realmente importa en el derecho brasileño, es la “súmula clásica” que es una directriz genérica, orientadora, sin carácter vinculante y como facilidad para el litigio. Eran resúmenes que antecedian a los casos con fines de orientación y nada más. Tan solo mediante expresa reforma constitucional de diciembre de 2004(EC-045) que así lo estableció en el artículo 103A de la Constitución de 1988, se crea la “súmula vinculante” a cargo

exclusivo del Supremo Tribunal Federal y que fue reglamentada recién en diciembre de 2006 (cf. Mónica Sifuentes, **Súmula Vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**, Editora São Paulo 2015, pp. 228-244; Andrés Ramos Tavares, **Nova ley da Súmula Vinculante**, Editora Método, São Paulo 2009). Imposible pues pensar, que la “súmula vinculante” brasileña haya influenciado en el Perú, pues fue aprobada en diciembre de 2004, cuando el Código Procesal Constitucional estaba listo y promulgado en mayo de 2004. Y con el proyecto circulando tres años antes entre la comunidad jurídica y editado en 2003 por la editorial Palestra.

8. A manera de conclusión

El propósito de estas líneas es precisar cuándo y bajo qué circunstancias, se introdujo el precedente en el derecho positivo peruano. Y el contexto en el cual esto se dio. Cómo se ha desarrollado y cómo se aplica, es un problema aparte. Soy consciente de los problemas que ha afrontado el precedente en los últimos años y las críticas, algunas no muy benévolas, que se le han dirigido. Y lo mismo podría decirse de la manera como lo utiliza el Tribunal Constitucional, que es muy debatible. Pero entiendo que es algo que no va a desaparecer, pues la idea que está detrás de todo esto, es la predictibilidad de los procesos, tanto en sede judicial como constitucional, que contribuye, sin lugar a dudas, a crear seguridad jurídica en el sistema, que no es nada fácil. Y sin descartar el principio de igualdad del justiciable que esto conlleva, así como la coherencia del sistema. Y además saber por dónde andamos. Y eso amerita bregar en ese sentido. Entiendo, pues, que el precedente llegó y pese a todo, ha venido para quedarse.

249

9. Un escolio: el precedente en los Estados Unidos

Hemos visto, aun cuando tangencialmente, la importancia de las decisiones y las políticas que lleva a cabo la Corte Suprema federal de los Estados Unidos, que es ejemplar en muchos sentidos. Y que ha tenido una gran influencia en nosotros y en nuestro entorno. Y, por cierto, en lo relativo al precedente, que es parte central del funcionamiento del sistema. Y lo más importante, sin lugar a dudas, es su enfoque sobre lo que ella debe hacer y no hacer y que se ejerce en lo que la doctrina conoce como *self-restraint*, o sea, “autocontención”, muy alejado del activismo, en veces desenfrenado, que tienen muchos de nuestros tribunales o cortes constitucionales. Tan solo como referencia, mencionemos lo que señala

Henry J. Abraham (Cf. **The judicial process**, 7ma edic., Oxford University Press, N.Y. 1998, pp.386-410) que desarrolla un conjunto de dieciséis normas de las que señalamos por su importancia, solo las tres siguientes:

- i) La Corte Suprema no se aferra a sus precedentes; los mantiene, pero se adecua al presente y puede apartarse de ellos.
- ii) Una norma aprobada puede no ser sabia ni agradable, pero en principio debe ser constitucional a los ojos de la Corte.
- iii) La incompetencia de los legisladores en temas políticos, no es asunto de la Corte Suprema, es problema del electorado.

El precedente tal como opera en el mundo judicial norteamericano, es peculiar, incluso en la manera como se construye y conforma. Pero, aun así, la idea básica que lo anima, es lo que más ha trascendido en los sistemas jurídicos romanistas. O del “civil law”, que es como en la literatura sajona se les denomina.

10. Bibliografía

250

Adicionalmente a lo señalado en nota al pie en la primera página de este texto, tenemos: **Justicia Constitucional**, núm 5, 2007 (número especial sobre el precedente constitucional que ha tenido gran repercusión; el texto de César Landa sobre **Los precedentes vinculantes** ha sido reproducido en el colectivo “El control del poder. Libro-homenaje a Diego Valadés”, Cuadernos del Rectorado. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, tomo II, Lima 2012; el trabajo de Christian Donayre Montesinos ahí incluido ha sido actualizado: **Alcances generales del precedente constitucional vinculante en el Perú** en “Diálogo con la jurisprudencia”, núm. 177, junio de 2013; Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, **El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, los riesgos de no respetarlo o de usarse en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana**, en “Estudios Constitucionales” Universidad de Talca, núm. 1, año 4, 2006; Aníbal Quiroga León y Ma. Cristina Chiabra Valera, **El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional**, APECC, Lima 2009 (en su artículo **La judicial review en el Perú** publicado en el diario “El Comercio” de 13 de septiembre de 1996, Aníbal Quiroga propone pioneramente un Código Procesal Constitucional para el Perú); Luis R. Sáenz Dávalos, **El camino del precedente constitucional vinculante**, en “Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional”, núm. 83, noviembre de 2014; Edward Dyer Cruzado, **El precedente constitucional. Análisis**

cultural del Derecho, Ara Editores, Lima 2015; Francisco Morales Saravia, **Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC**, Edic. Gaceta Jurídica, Lima 2017 (un gran panorama con datos muy útiles) y la conferencia de Juan Monroy Gálvez, **Presente y futuro de la doctrina del precedente en el Derecho Peruano**, Lima, 5 de octubre de 2015 impartida en la Academia de la Magistratura (archivada en la videoteca de la institución). Y finalmente de José Humberto Ruiz Riquero, **La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia**, Edit. Grijley, Lima 2021, (magnífico trabajo que he utilizado muy poco, pues entró en circulación cuando este artículo mío ya estaba terminado). De interés es el libro de Samuel B. Abad Yupanqui, **El proceso constitucional de Amparo**, Gaceta Jurídica, 3ra edición, Lima 2017, esp. pp. 619-642 en donde analiza la distinción entre precedente vinculante y “doctrina jurisprudencial”. Para la reconstrucción del debate al interior de la Comisión nombrada en 1981, he recurrido a mis archivos y al testimonio de Alberto Borea Odría y Walter Rivera Vílchez, este último funcionario del Ministerio de Justicia adscrito a nuestra Comisión en aquel entonces. Lamentablemente, no hay actas de esas sesiones, al igual que de la posterior, con la ventaja para esta última de que hay correspondencia y proyectos en cantidad.

Alberto Borea Odría tiene publicado un importante libro: **El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy**, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima 1985, con prólogo mío. Hay ediciones posteriores de las que destaco la muy ampliada y con título distinto: **Evolución de las garantías constitucionales**, Editorial Grijley, Lima 1996 (es un análisis detallado de la ley 23506 e incluye la exposición de motivos, el anteproyecto, la ley finalmente promulgada y leyes complementarias). Igualmente de utilidad son los trabajos de Gerardo Eto Cruz, **Régimen legal del Habeas Corpus y Amparo**, Edic. Gaceta Jurídica, Lima 1999; Gustavo Gutiérrez Ticse, **Los procesos constitucionales de la libertad**, Editora Rao, Lima 2003, Edgar Carpio Marcos, **Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Jurista Editores, Lima 2002 y Carlos Torres Caro, Francisco Carruitero Lecca, Hugo Soza Mesta y María Luz Mansilla Rojas, **Hábeas Corpus y Amparo. Ley 23506**, Jurista Editores, Lima 2003 (dedicado básicamente a la jurisprudencia hasta ese momento) y para no alargar la lista menciono, sin ánimo exhaustivo, otros trabajos meritorios de Víctor Julio Ortecho Villena, Alejandro Ranilla Collado, Roberto Alfaro Pinillos, Hermilio Vigo Zevallos, Edwin Figueroa Gutarra, Samuel B. Abad Yupanqui, quien preparó una valiosa selección de jurisprudencia, Walter Díaz Zegarra, Luis Castillo Córdova,

Fernando Zubiato, Augusto Balbín Guadalupe, entre otros.). Para la Comisión posterior que preparó el anteproyecto de Código Procesal Constitucional, he rescatado mi file con los antecedentes, proyectos, propuestas, correspondencia y sucesivos textos que me han servido para corregir y/o rescatar algunos datos, especialmente de fechas, que por error se deslizaron en textos míos anteriores. Me he beneficiado igualmente de la información, sugerencias y comentarios que me han proporcionado Arsenio Oré Guardia, Gerardo Eto Cruz, Francisco Morales Saravia, Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Aníbal Quiroga León, Edgar Carpio Marcos y Luis Saénz Dávalos, sin que esto signifique que tengan responsabilidad alguna en lo que aquí sostengo. En el debate parlamentario de la ley, fue de inestimable ayuda Natale Amprimo Plá, entonces presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

El más completo volumen sobre los antecedentes del Código Procesal Constitucional es el siguiente: Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, **Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico** (incluye debate parlamentario), Tribunal Constitucional del Perú, al cuidado de Gerardo Eto Cruz, tercera edición, Lima 2008 (la primera edición es de 2004, la segunda, revisada y corregida, es de 2005 y es la definitiva. De esta proviene la tercera y última, que ha circulado ampliamente). En esta labor de difusión fue decisivo el apoyo que brindó la editora Palestra.

La bibliografía sobre el Código Procesal Constitucional es interminable y en continuo crecimiento. Una visión general con buena bibliografía de referencia, cf. Samuel B. Abad Yupanqui, **Manual de Derecho Procesal Constitucional** Palestra Editores, Lima 2019. Con amplitud y especial énfasis en la interpretación jurisprudencial, véase de Gerardo Eto Cruz, **Derecho Procesal Constitucional**, 6ta edic., Edit. Grijley, 3 tomos, Lima 2019 (el tema del precedente se encuentra en el tomo II, pp. 597-608).

Un problema aparte que merece ser considerado, son los desencuentros entre el Poder Judicial - en especial a través de la Corte Suprema de Justicia - y el Tribunal Constitucional. Y que tiene varias aristas, una de ellas es la eventual interferencia del Tribunal Constitucional en lo decidido por el Poder Judicial, de lo que es clara muestra el caso de los casinos y tragamonedas (cf. AA.VV. **¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo**

y el **Poder Judicial**, Domingo García Belaunde, coordinador, Palestra Editores, Lima 2008 y Nelson Ramírez Jiménez, **Jurisdicción constitucional. Guerra de cortes** en “Diálogo con la jurisprudencia”, núm. 178, junio de 2013, con una propuesta interesante para evitar estos roces; en el mismo sentido y más crítico, cf. Víctor Malpartida Castillo, **Tribunal Constitucional vs. Poder Judicial (A propósito de un proceso competencial)** en “Revista Oficial del Poder Judicial”, num-6-7;2010-2011). En fecha posterior, la Corte Suprema de Justicia emite un pronunciamiento a propósito de la STC 03116-2012-PHC/TC de 4 de septiembre de 2013, en la cual critica acerbamente lo que llama la “intromisión” del Tribunal Constitucional en temas que no le corresponden y dice así, entre otras afirmaciones: “...El Tribunal Constitucional durante los últimos años y en forma sistemática y a veces contradictoria, ha emitido resoluciones invasivas en contra de otros órganos constitucionales autónomos y poderes del Estado, como el propio Poder Judicial, bajo un supuesto ejercicio del control constitucional, con lo que se llega a afectar gravemente las competencias, equilibrios y atribuciones propias que la Constitución asigna; y por tanto, vulnera el Estado de Derecho y debilita el sistema democrático” (**Poder Judicial. Pronunciamiento**. Aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 3 de octubre de 2013. Publicado a página completa en el diario **El Comercio** de Lima, 6 de octubre de 2013). El tema no es nuevo, pues se origina en Italia y se presenta en otros países como Colombia, en donde este fenómeno se conoce como “choque de trenes” (cf. Carlos Mario Molina Betancur, editor, **Corte Constitucional. 10 años. Balance y perspectivas**, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2003) y lo mismo podemos decir de España (cf. Rafael de Mendizábal Allende, **La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional**, Edit. Dykinson, Madrid 2012).

Otro aspecto de actualidad y vinculado a aquél, pues se nota con más frecuencia, es la observancia que deben tener los jueces frente a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (como simple muestra, véase el “Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional 2010 de la Corte Superior de Justicia de Lima” que acordó dejar en libertad a los jueces para que mediando buenas razones, puedan desvincularse de los precedentes fijados en conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, basándose, precisamente, en la autonomía que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones). Este factor de la “autonomía” y además el empleo del “distinguishing”, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia apartarse no solo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino incluso de los precedentes vinculantes que

emite este último. Esto se aprecia, sobre todo, en el precedente “Huatuco” (STC 02899-2016-PA/TC) del que se han desligado varios casos resueltos desde mediados de 2016, sin que ello causara problema alguno.

En la actualidad, el concepto de “precedente” se ha ampliado grandemente, a tal extremo que el diario oficial “El Peruano” publica con cierta regularidad una separata titulada “Precedentes vinculantes”, en los que incluye los constitucionales, los judiciales y los administrativos.

En lo referente a Alemania, tal como señala Robert Alexy, la situación es más simple: todas las decisiones del Tribunal Constitucional Federal tienen las características de un precedente y por tanto son vinculantes y deben ser observadas. Pero tratándose de casos distintos, cabe el apartamiento mediante una adecuada argumentación (cf. **Teoría de los derechos fundamentales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 535-540). Una solución similar, y al parecer inspirada por ella, lo ofrece el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica (cf. Rubén Hernández Valle, **Derecho Procesal Constitucional**, Editorial Juricentro, San José 2009, pp.223-252).

254

Finalmente quiero señalar un dato interesante en relación con el concepto de “precedente”. Y es que hasta donde alcanza mi información, no existe en nuestro medio ensayos, monografías o libros sobre el tema en cuestión, no empecé que hay estudios, no siempre de primera mano, sobre el sistema jurídico y constitucional de los Estados Unidos de América. De excepción es el libro del jurista inglés H.H.A. Cooper, quien estuvo en Lima como profesor visitante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y publicó **Diez ensayos sobre el “common law”**, Edit. Universo, Lima 1967, en donde el tema se toca en forma marginal (publicó igualmente un interesante estudio buscando un paralelismo entre el juez inglés y el pretor romano; cf. **Evolución del pensamiento jurídico**, Edit. Universo, Lima 1967). Y en fecha más reciente el importante ensayo de Robert S. Barker **El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos**, Edit. Grijley, Lima 2014, especialmente preparado para su edición en el Perú. Lo que existe sobre el “precedente”, es lo que se publica a partir de 1982 y sobre todo desde 2004, con la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional y existiendo un Tribunal Constitucional activo y que incursiona, no sin audacia, en el concepto en cuestión.

Lima, mayo de 2020-2021