

El régimen jurídico del precedente constitucional en el Perú*

The legal framework of constitutional precedent in Peru

✍ CÉSAR OCHOA CARDICH**

✍ LUIS R. SÁENZ DÁVALOS***

141

* Ponencia presentada en la XV Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, organizada por la Corte Constitucional de Ecuador en la ciudad de Quito, del 28 al 30 de mayo de 2024.

Nota de actualización. Los autores hemos optado por mantener el texto del presente documento exactamente como fue presentado y sustentado en su día, aun cuando consideramos pertinente advertir que, desde el momento de su elaboración, algunas cosas han cambiado. En concreto y con fecha 5 de noviembre de 2024, fue publicada la Ley 32153, que, en lo que concierne al tema que aquí nos ocupa, ha modificado, a través de su artículo 1, el texto del artículo VI del «Título preliminar» del Nuevo Código Procesal Constitucional de 2021. En este se precisa que la eventual generación de precedentes constitucionales por parte del Poder Judicial necesariamente debe operar en armonía con la interpretación derivada de las resoluciones del Tribunal Constitucional, lo cual permite superar en parte la crítica que habíamos expuesto en el apartado 3, numeral «a».

** Magistrado del Tribunal Constitucional. Director general del Centro de Estudios Constitucionales. Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: ochoac@tc.gob.pe

*** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho con mención en derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0008-9797-806X. Correo electrónico: lsaenz@tc.gob.pe

«La verdad es que el derecho es incierto... nadie puede decir qué es el derecho antes de que los tribunales lo decidan».

LORD DENNING

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. MATERIALES Y MÉTODO. 2.1. MÉTODO GENERAL. 2.2. MÉTODO PARTICULAR. 2.3. POBLACIÓN Y MUESTRA. 2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN. 2.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOPIACIÓN DE DATOS. 2.6. PROCESAMIENTOS DE DATOS. III. RESULTADOS. IV. DISCUSIÓN. V. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

La institución del precedente ha sido importada en el Perú desde hace varios años, siendo su referente inmediato el modelo de esta herramienta jurídica del derecho anglosajón. Como lo define Santofimio (2011):

142

El precedente —*precedent*— entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación a ciertas circunstancias fácticas y jurídicas para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona —*common law*— o sistema del Derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos —*case law*— dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de Derecho (p. 90).

Así, el sistema jurídico del *common law* asignó fuerza vinculante *erga omnes* a las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos mediante la regla del precedente obligatorio (*stare decisis*, ‘estar a lo decidido’), en tanto que, en los países de América Latina, la tradición jurídico-cultural continental romanista se resistió a reconocer como fuente de derecho autónoma al precedente judicial (Garro, 1988)¹.

¹ Sobre el precedente en Estados Unidos, véase Magaloni, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Mc Graw Hill.

El *common law* anglosajón se basa en la autoridad vinculante del precedente que le confiere certeza judicial al sistema y en cuyos valores ético-jurídicos se propone crear un ordenamiento jurídico auténtico (Santofimio, 2011). Sin embargo, Taruffo enfatiza que el precedente en Estados Unidos es, más bien, persuasivo que vinculante².

En el sistema jurídico peruano, la jurisprudencia constituía una fuente auxiliar de derecho, sin fuerza vinculante. Tal visión sin embargo ha cambiado con el tiempo. Así, la concretización del precedente, a nivel del derecho peruano, se ha producido por acción del legislador; para ser aplicado en tres ámbitos, en tres ámbitos jurídicos no exactamente iguales: el del procedimiento administrativo, el de la jurisdicción ordinaria y el de la jurisdicción constitucional. Esto dio lugar a la existencia de un precedente administrativo, un precedente judicial y un precedente constitucional, cada uno de ellos dotado de sus propias peculiaridades.

(i) En el régimen jurídico del procedimiento administrativo, el precedente se encuentra regulado principalmente por mandato de lo dispuesto en el artículo VI del «Título preliminar» de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. De este modo, en el numeral 1 del precitado artículo preliminar, se establece lo siguiente:

Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

(ii) En materia de la jurisdicción específicamente ordinaria, tenemos un precedente, cuyo tratamiento jurídico se encuentra en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial «El Peruano» de las Ejecutorias que fijan los principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

² «En Estados Unidos ningún juez se considera verdaderamente vinculado al precedente. El juez americano aplica el precedente si y solo si considera que aplicando el precedente llega a una conclusión que él piensa que es justa. Si la aplicación del precedente, en el caso, lo lleva a una conclusión que considera injusta, simplemente dice: «no aplico el precedente porque aplicando el precedente mi decisión sería injusta» y explica por qué ¿Vinculante? ¿Vinculación? No claramente no» (Taruffo, 2012, p. 45).

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea [su] especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Asimismo, extensivamente, en algunos códigos procesales de carácter ordinario, como lo evidencia el artículo 301-A del Código Procesal Penal y el artículo 400 del Código Procesal Civil.

(iii) En el caso de la jurisdicción propiamente constitucional, el precedente aparece reconocido por vez primera en el artículo VII del «Título preliminar» del Código Procesal Constitucional de 2004. Sin embargo, tras la derogación de dicho cuerpo normativo, su regulación actual se encuentra establecida en el artículo VI del «Título preliminar» del denominado Nuevo Código Procesal Constitucional de 2021.

De las tres manifestaciones del precedente referidas líneas arriba, la concierne con el precedente constitucional ha adquirido más desarrollo sin duda. Esto en gran medida por el rol del Tribunal Constitucional como órgano de cierre del control de la constitucionalidad, conforme al artículo 201 de la norma suprema.

144

En la doctrina nacional, Morales (2017), desde una tesis crítica del precedente constitucional en el sistema peruano, afirma que este se aleja del precedente del modelo estadounidense, desarrollando un modelo que denomina de «precedente autoritario». Asimismo, propone cambiar a una práctica que se aproxime al modelo estadounidense, más flexible, o al modelo colombiano, reconstruido a partir de la Sentencia T-292, del 6 de abril de 2006, de la Corte Constitucional de Colombia (Morales, 2017).

Por su parte, Castillo (2015) afirma que el Tribunal Constitucional crea *normas constitucionales adscriptas* —entre otras, bajo el formato de precedentes vinculantes—. Así, define a las normas constitucionales adscriptas:

[...] no significan un mero reconocimiento de una norma preexistente, sino que han de ser tenidas como una verdadera creación jurídica. El intérprete constitucional vinculante no crea la norma constitucional directamente estatuida, sino que parte de ella para afirmar una concreción normativa, la misma que antes de su formulación vinculante no había nacido al mundo jurídico. Obviamente, no se trata de una actividad creadora *ex novo*, sino que está condicionada por el respeto a las exigencias de la justicia constitucionalizada que representa la norma directamente estatuida, y que se ha de reflejar en la concreción que significa la norma constitucional adscripta (Castillo, 2015, p. 23).

II. RELEVANCIA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

Si tuviésemos que definir al precedente a partir de sus grandes rasgos, este se traduciría como una regla o conjunto de reglas jurisprudencialmente creadas por un órgano jurisdiccional especial o alta corte. Estas reglas no solo asumirían un determinado grado de obligatoriedad —fuerza vinculante—, sino que su reconocimiento se ligaría a un caso concreto que normalmente les otorgaría soporte. Esto no solo en atención a sus particularidades, también, sobre todo, en respuesta a su especial relevancia.

Desde una perspectiva como la descrita, queda claro que el precedente sería, en principio, resulta de una función típicamente creadora de la judicatura, asociada a la voluntad de un órgano jurisdiccional supremo o alta corte. Dicho órgano se posicionaría de una manera relevante o si se quiere preferente, dando lugar a que el precedente adquiriera fuerza vinculante no solo por la persuasión que genera por el contenido que establece, sino por la fuente de legitimidad de la cual se deriva.

El precedente como tal se caracterizaría por su obligatoriedad o fuerza vinculante. En el sistema jurídico peruano, el fundamento de la fuerza vinculante del precedente está en el principio de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 51 de la norma suprema. Asimismo, su fundamento descansa en la previsibilidad del derecho y la necesidad de uniformidad de la jurisprudencia (nomofilaquia), y, esencialmente, en el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Aunque esta fuerza vinculante podría ser variable de acuerdo con el diseño interorgánico de cada Estado o como criterio estructural de su sistema de impartición de justicia, su primacía se excluiría de toda discusión, siempre que se entienda que, como toda decisión jurisdiccional, su emisión reposará en una persuasiva sustentación o necesaria motivación.

Desde el sistema anglosajón del *common law*, se trata de una fuente del derecho originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que directamente le sirvieron de sustento —*ratio decidendi* (razón de la decisión) —; esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica o caso concreto. Esta asume fuerza vinculante frente a casos similares que pudieran ocurrir con posterioridad —*stare decisis et quia non movere*—, configurando en el ordenamiento jurídico una regla clara o norma de contenido jurídico. Además, demarca un principio o define un concepto adecuado y propio en materia jurídica (Santofimio, 2011). La *ratio decidendi* explicita aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos (Bernal, 2008).

Un elemento esencial del precedente sería, de conformidad con lo antes señalado, el concerniente con el nexo o relación directa que fundamenta la decisión en el caso concreto que le sirve de soporte en su origen. Dicho vínculo sería en la práctica de la mayor importancia, pues permitiría distinguir cuándo es obligatorio aplicarlo y cuando no. Asimismo, las afirmaciones sin relación directa con el caso concreto (*obiter dicta*) carecerían de efectos vinculantes, siendo en esencia meramente ilustrativas o, en el mejor de los casos, persuasivas. En otras palabras, el precedente solo resultaría pertinente para aquellos supuestos muy similares o idénticos al caso donde el mismo se creó, que se deben resolver de manera análoga y, en cambio, innecesario o impertinente para escenarios distintos al suyo.

Por último, y si nos atenemos a lo que acontece en la jurisprudencia comparada, un aspecto gravitante del precedente sería el hecho de que su recurrencia responda o se encuentre vinculada a controversias realmente trascendentales y donde se haga indispensable crearlo como tal. Ello, evidentemente, descartará o desaconsejará generarlo como manifestación de un activismo judicial innecesario o notoriamente injustificado.

III. TRATAMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE 2021

Como líneas arriba se ha indicado, el reconocimiento expreso del precedente en materia constitucional, en cuanto categoría jurídica autónoma, ocurrió por vez primera en el Código Procesal Constitucional de 2004, aprobado por la Ley 28237³. Este mismo tratamiento se ha visto replicado y en algunos aspectos ampliado en el nuevo Código Procesal Constitucional de 2021, aprobado por la Ley 31307.

Al respecto, en el artículo VI del «Título preliminar» de dicho texto normativo, se establece lo siguiente:

Artículo VI.- Precedente Vinculante

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, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional

³ Algunos distinguidos teóricos encuentran algunos elementos del precedente en el artículo 9 de la antigua Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo. Cfr. García, D. (2021). Los orígenes del precedente constitucional en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Constitución y Naturaleza)*, (13).

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.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

De una lectura detallada de la precitada norma jurídica, se pueden extraer diversas consideraciones que comentaremos a continuación.

a. Los precedentes constitucionales los genera tanto la jurisdicción constitucional como la jurisdicción ordinaria

En el marco del vigente Código Procesal Constitucional, los precedentes vinculantes en materia constitucional los puede generar tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia.

Mientras que, tratándose del Tribunal Constitucional, los citados precedentes se pueden emitir como resultado de lo que se decida en cualquiera de los procesos constitucionales de los que conoce dicho colegiado especializado (*habeas corpus*, amparo, *habeas data*, acción de cumplimiento, proceso de inconstitucionalidad, proceso competencial) en el caso del Poder Judicial, solo la Corte Suprema, en cuanto máxima instancia, puede generar precedentes cuando se pronuncia específicamente en los procesos de acción popular.

Aunque la finalidad del Código pareciera ser, en apariencia, la de conferirles a ambos precedentes un tratamiento con similares alcances, tal perspectiva requiere algunas precisiones importantes. En efecto, con independencia de lo dispuesto en su artículo 81, cuyo texto establece que las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad, al igual que las del Poder Judicial en materia de acción popular, vinculan a todos los poderes públicos, se debe advertir que ello no supone que uno y otro precedente resulten exactamente iguales, tanto más si se toma en cuenta que el primero de los mencionados hace

las veces de órgano de control de la Constitución. Esto conforme lo prevé el artículo 201 de la norma fundamental o de supremo intérprete de la Constitución según los términos previstos en el artículo 1 de su Ley Orgánica 28301.

Naturalmente, lo dicho no significa que los precedentes que, eventualmente, emita el Poder Judicial no sean vinculantes para todos, como en cambio, sí ocurre, sin ninguna duda, con los precedentes del Tribunal Constitucional, pero sí supone una cierta diferenciación entre unos y otros, establecida a partir de la posición de ambos órganos constitucionales en sus competencias de defensa de la Constitución. Lamentablemente, el Código Procesal Constitucional no se pronuncia detalladamente sobre dicha temática, con lo cual la regulación ofrecida en el artículo VI del Título Preliminar, independientemente de las buenas intenciones del legislador, bien podría suscitar eventuales zonas de colisión institucional entre lo que pueda decidir uno y otro órgano a la luz de los precedentes que produzcan.

Precisamente, y ante la inexistencia de una regulación mucho más precisa sobre la delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de ambas, somos de la idea que una correcta lectura de la totalidad de normas comprometidas debería apuntar hacia las siguientes premisas:

148

- (i) El precedente judicial o de la Corte Suprema solo debería pronunciarse sobre materia constitucional no desarrollada directamente por un precedente constitucional vinculante emanado del Tribunal Constitucional.
- (ii) El precedente judicial tampoco debería pronunciarse sobre una materia constitucional que haya recibido desarrollo directo por parte de la llamada doctrina o jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional.
- (iii) El precedente judicial sería vinculante para los jueces y tribunales integrantes de la estructura orgánica del Poder Judicial y para el resto de poderes públicos, pero no, en cambio, para el propio Tribunal Constitucional.
- (iv) El precedente judicial podría ser cuestionado vía procesos constitucionales de tutela (habeas corpus o amparo) siempre que se alegue vulneración de derechos fundamentales, supuesto en el cual podría ser controlado en su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Como se aprecia, las limitaciones a las que se encontraría sujeto un eventual precedente judicial en materia constitucional se justificarían en atención a los caracteres del precedente constitucional vinculante que pueda emitir el Tribunal Constitucional, dada su posición de órgano de cierre de la interpretación de la Constitución dentro del sistema jurídico peruano.

b. Los precedentes en materia constitucional siempre deben tener un carácter objetivo o expreso

Máxima por la que apuesta el Código Procesal Constitucional del Perú apuesta por esta máxima y apunta a reafirmar el carácter objetivo del precedente. En la práctica, esto se traduce en el hecho de exigir que, en cada oportunidad, que se genere lo sea de modo expreso o inequívoco.

A diferencia de aquellos sistemas jurídicos donde se busca desentrañar la existencia de un precedente a partir de los razonamientos utilizados por el órgano que lo creó, en el ordenamiento procesal constitucional del Perú, se postula un precedente que solo se da por existente en la medida en que el Tribunal Constitucional, o en su caso el Poder Judicial, lo da por creado explícitamente. Lo que como resulta evidente, y más allá de algunos antecedentes jurisprudenciales que se hayan podido suscitar en el pasado⁴, descarta la existencia de precedentes de naturaleza implícita. O el precedente existe porque el órgano que lo crea lo declara expresa y categóricamente como tal o simplemente se entiende por no existente.

Por lo demás, y como una forma de dejar en claro que nos encontramos ante la creación de un indiscutible precedente o ante la presencia de varios precedentes, el Código postula su incorporación bajo la forma de *reglas objetivas*, derivadas de la *ratio decidendi* de la sentencia. Esto, en buena cuenta, procura superar una cierta tendencia a considerar como precedentes a criterios meramente doctrinarios o desarrollos de carácter puramente dogmático⁵.

149

Como se ha dicho anteriormente, y ahora se reitera, el precedente nace con el propósito de otorgar una respuesta satisfactoria frente a un dilema o incertidumbre del ordenamiento jurídico o una controversia provocada por el propio desarrollo jurisprudencial y hacerlo, a través de una fórmula normativa que de por zanjado cualquier tipo de debate o eventual discusión. Dicha finalidad solo queda garantizada cuando nos encontramos ante precedentes indubitables y ante reglas que expresamente los desarrollan.

c. Los precedentes en materia constitucional siempre deben precisar sus efectos jurídicos

De la mayor importancia, es esta característica de la que nos habla el Código y que obliga a definir el momento desde el cual el precedente se puede aplicar.

⁴ Cfr. lo sucedido con la sentencia recaída en el Expediente 3179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollcca Ponce), elevada a la categoría de precedente vía lo desarrollado en la sentencia recaída en el Expediente 4853-2004-PA/TC (caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad).

⁵ Como aconteció en su día con el pintoresco precedente recaído en la sentencia del Expediente 2877-2005-PHC/TC (caso Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez).

Si hemos dicho anteriormente que los precedentes se manifiestan bajo la forma de reglas jurídicas elaboradas *ex profeso* para otorgar una respuesta a determinados dilemas jurídicos, resulta esencial determinar desde cuándo las mismas se constituyen como obligatorias.

Aunque una rápida constatación de la fórmula auspiciada por nuestra normativa procesal constitucional permitiría asumir que el órgano que genera precedentes puede establecerlos en cualquier dirección temporal, consideramos que tal posibilidad se encuentra sujeta a determinados estándares derivados de la propia Constitución. No entenderlo de esta forma podría plantear un sinnúmero de problemas e, incluso, eventuales situaciones de inconstitucionalidad por paradójico que resulte.

En efecto, aunque lo normal es que se puedan establecer precedentes aplicables en adelante (prospectivos), nada impide que también se puedan crear precedentes con aplicación hacia atrás (retrospectivos) o, incluso, con incidencia futura (anticipatoria). El problema radica en entender que la capacidad para generar precedentes no opera de la misma forma en todos los casos. Especialmente, cuando de procesos en curso o de procesos ya iniciados se trata, ya que existe un factor a tomar en cuenta y este último se relaciona con el contenido favorable o desfavorable del precedente.

Efectivamente, no es lo mismo un precedente que fortalece un derecho o que instituye una fórmula mucho más beneficiosa para sus destinatarios que uno que restringe un derecho o establece condicionamientos para quienes gozaban de una situación mucho más óptima. Aplicar un precedente de inmediato o a un proceso en trámite cuando dicho precedente resulta mucho más garantista, evidentemente, no genera mayor incidencia precisamente por su efecto optimizador. No ocurre igual, sin embargo, cuando se aplica un precedente a un proceso iniciado con anterioridad a su existencia y dicho precedente resulta mucho más restrictivo o lo que es lo mismo notoriamente perjudicial.

Como bien se conoce, es un componente o regla esencial del debido proceso el que «Ninguna persona puede ser... sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos», conforme lo señala el artículo 139, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993. Siendo tal la premisa a considerar, es evidente que cualquier precedente que, además de desfavorable, se aplique hacia atrás puede plantear un indudable vicio de inconstitucionalidad.

Lamentablemente, ni el Código aborda este punto ni nuestro desarrollo jurisprudencial ha sido, por lo menos hasta la fecha, todo lo satisfactorio del caso. Por ello, sigue siendo un reto delimitar de mejor manera los efectos del precedente en el tiempo.

d. El apartamiento del precedente constitucional y el tipo de motivación a utilizarse

Como antes se ha advertido, la lógica de un precedente constitucional, como el reconocido en el ordenamiento peruano, apunta hacia su pleno fortalecimiento, tanto más si se considera que el mismo vincula a todos los poderes públicos, más allá de los matices que puedan existir entre aquel generado por el Tribunal Constitucional o, en su caso, el establecido por el Poder Judicial.

Sin embargo, del hecho de que se auspicie un precedente en principio reforzado, no se sigue tampoco que el mismo, no pueda ser eventualmente modificado o, inconcluso, derogado. En rigor y de acuerdo con la previsión contenida en el Código Procesal Constitucional que se comenta, resulta perfectamente posible la opción de un eventual cambio o derogación del precedente, siempre que cualquiera de dichas opciones quede a cargo del órgano que precisamente lo instituyó, por lo menos, como regla general. Es decir, el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial podrán, respectivamente, revisar sus propios precedentes.

La misma normativa, por otra parte, establece que el ejercicio de una facultad como la descrita tampoco es que proceda de una forma abierta o plenamente discrecional, ya que en cualquier caso ha de estarse a una decisión sustentada en una debida motivación, lo que, desde nuestra óptica, debe ser entendido no simplemente como el cumplimiento de un requisito meramente formal, sino como el imperativo de que la motivación a la que la norma se refiere responda a un carácter decididamente cualificado.

Consideramos que la referida exigencia se debe entenderse de dicha forma, no por una simple especulación, sino por una razón de fondo imposible de ignorar y que responde a la trascendencia de lo que se pretende innovar.

En efecto, si las razones que condujeron al establecimiento de un precedente fueron de suyo poderosas, igual de poderosas deben ser las razones que conduzcan a un eventual apartamiento. No entenderlo de dicha manera banalizaría la importancia del precedente y de los motivos que le dieron nacimiento.

Un tema sobre el que nuestro Código no se pronuncia, pero que bien podría ser planteado, se relaciona con el apartamiento interrogánico del precedente constitucional, es decir, el que pueda realizar el Tribunal Constitucional de un precedente del Poder Judicial, o el apartamiento que pueda concretizar el Poder Judicial respecto de uno generado por el Tribunal Constitucional.

Sobre la primera posibilidad, ya nos hemos pronunciado en cierta forma, al hablar de la prevalencia del precedente constitucional del Tribunal Constitucional por sobre la del precedente del Poder Judicial. La segunda es, no obstante, más compleja, aunque, desde nuestro punto de vista, no imposible de presentarse. Se podría dar en situaciones excepcionalísimas, como las de un precedente abiertamente inconstitucional o incluso manifiestamente inconveniente por contravención al Pacto de San José de Costa Rica. En todo caso, se trata de un tema aún en debate.

e. La aprobación formal de los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema

El Código Procesal Constitucional ha regulado, en paralelo, el procedimiento formal que se ha de considerar tanto por el Tribunal Constitucional como por el Poder Judicial al momento de crear, modificar o derogar precedentes constitucionales.

En ambos supuestos, se aprecia la exigencia de un quórum calificado, solo que, mientras en el caso del Tribunal Constitucional se exige un mínimo de cinco votos conformes de un total de siete magistrados; en el caso de la Corte Suprema de Justicia, se establece un mínimo de cuatro votos conformes de un total de cinco jueces supremos. Esto supone, una vez más, una cierta diferencia en el tratamiento de ambos institutos: en el primer escenario, el quórum equivale a solo el 71,42 %; mientras que, en el segundo, al 80 %. Con ello, introducir un precedente o dejarlo de lado es relativamente más fácil para el Tribunal Constitucional que para el Poder Judicial.

152

IV. LOS SUPUESTOS PARA GENERAR UN PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Si bien una buena parte de los aspectos del precedente constitucional han sido expresamente regulados por el Código, tal como se ha visto, existen algunos otros donde, ante el silencio de la norma positiva, ha sido la jurisprudencia la encargada de establecer pautas o criterios. Ello ha sido especialmente visible cuando se ha tratado de verificar cuáles serían los escenarios en los que se originaría a los precedentes.

A la fecha y al margen de algunas idas y venidas en el ámbito de la jurisprudencia⁷, se puede decir que son seis los supuestos que permiten la generación de precedentes constitucionales. Estos últimos se presentarían en los siguientes casos:

⁶ En un inicio y mediante la STC Expediente 024-2003-AI/TC (caso Municipalidad Distrital de Lurín) se establecieron un total de cinco supuestos para generar un precedente. Posteriormente y mediante la sentencia emitida en el Expediente 3741-2004-AA/TC (caso Ramón Salazar

a. Contradicciones jurisprudenciales

Probablemente, el señalado sea uno de los más frecuentes escenarios que aconsejaría la generación de precedentes.

En efecto, la posibilidad de advertir que un mismo órgano jurisdiccional resuelve causas de manera totalmente distinta no obstante la identidad en las controversias planteadas o en los problemas jurídicos que suscitan constituye una situación que colisiona con la igualdad, la seguridad jurídica o la propia predictibilidad y uniformidad de los fallos. Asimismo, ante interpretaciones contradictorias de jueces de inferior jerarquía o de autoridades administrativas.

A fin de evitar dicho estado de cosas, bien se podrán establecer reglas objetivas a efectos de que las causas en esencia similares se sujeten en lo sucesivo a una misma respuesta jurisprudencial.

b. Interpretaciones erróneas de una norma

Un segundo supuesto que permitiría la generación de precedentes se presentaría cuando una norma constitucional, o una de inferior jerarquía cuyo desarrollo incida en algún contenido constitucional, venga siendo interpretada, por parte de las cortes de justicia, de manera errónea o equivocada.

153

Aunque, en ocasiones, las interpretaciones de una norma sean variadas, está claro que, si con las mismas se desnaturalizan los mensajes constitucionales, se debe proceder a su descarte o inaplicación, haciendo prevalecer, vía precedente, aquella interpretación plenamente compatible o consecuente con el sentido constitucional, conforme al rol del Tribunal Constitucional de guardián de la Constitución.

c. Vacíos legislativos

El propósito central del precedente consiste en otorgar respuesta en aquellos espacios donde el sistema jurídico no las brinda por defecto o por simple inexistencia o cuando las alternativas ofrecidas por la jurisprudencia no satisfagan el caso.

Yarlenque) se optó por mencionar solo cuatro supuestos (curiosamente se omitió mencionar dos de los supuestos ya reconocidos, mencionándose en cambio uno nuevo). Sin embargo y a través de la ejecutoria recaída en el Expediente 3908-2007-PA/TC (caso Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional), se validó nuevamente a los cinco supuestos mencionados en la sentencia primigenia a los efectos de generar un precedente constitucional vinculante. Se concluye que, si efectuamos una lectura conjunta de estas tres ejecutorias, como de otras mucho más recientes, ratificaremos que son seis (y no cinco ni cuatro), los supuestos que permiten establecer un precedente constitucional vinculante.

Ante tal estado de cosas, el precedente se nos aparece como una técnica destinada a suplir los vacíos cuando no exista desarrollo legal o reglamentario que permita dar solución a la controversia.

La idea no es naturalmente convertir a los órganos jurisdiccionales en legisladores ordinarios, pero sí evitar que las omisiones manifiestas o los defectos del sistema generen situaciones de inconstitucionalidad. En tales circunstancias, el precedente oficiará como una función integradora o un sustituto eficaz, coadyuvando a que el ordenamiento constitucional cumpla las finalidades para las cuales fue establecido.

d. Interpretaciones alternas de una norma

Como anteriormente se ha precisado, se pueden presentar casos donde una misma norma jurídica admita diversas opciones interpretativas. Cuando esto sucede, no siempre significa que todas o la mayoría de tales interpretaciones resulten contrarias a la Constitución, pues bien puede ocurrir que todas ellas se adecuen con el mensaje constitucional.

154

Sin embargo, el que una norma tenga varias interpretaciones y que todas ellas sean legítimas o razonables a la luz de la Constitución, tampoco, hace aconsejable un uso indistinto de las mismas; pues, de una forma o de otra, no se garantiza con ello la seguridad jurídica y la predictibilidad.

Ante tales circunstancias y en la lógica de zanjar cualquier eventual discrepancia, se puede recurrir al precedente, a fin de fortalecer aquella interpretación que resulte más coherente con el mensaje constitucional y el sistema jurídico.

e. Conductas inconstitucionales con efectos generales

Cuando se promueven procesos constitucionales de tutela de derechos, se suele cuestionar conductas inconstitucionales desde una perspectiva eminentemente subjetiva. Esto se traduce en priorizar el interés de la parte demandante en que su reclamo se resuelva de manera compatible con sus intereses.

Sin embargo, cuando un órgano que imparte justicia constitucional se percata que las conductas por las que se viene reclamando de modo individual, trascienden la esfera subjetiva de una sola persona y comprometen a un conglomerado o colectivo, nos encontramos ante el escenario de conductas inconstitucionales con efectos generales.

Aunque en circunstancias como las descritas, bien se podría optar por resolver los múltiples reclamos de una manera separada, se considera mucho más práctico y efectivo auspiciar una fórmula general, traducida en la generación de un precedente vinculante. Este último, previa declaración de un *estado de cosas inconstitucional*, tendría por objeto otorgar una misma respuesta a todos los casos independientemente del estadio procesal en que se encuentren.

f. Necesidad de cambio de línea jurisprudencial

Ya hemos mencionado que, así como los precedentes se pueden generar, los mismos también modificarse o incluso derogarse por el órgano jurisdiccional que los estableció. Asimismo, el Tribunal Constitucional puede corregir o cambiar una línea jurisprudencial por diversas razones (*overruling*).

Lancheros-Gámez (2012) señala las siguientes razones para el cambio de precedente:

- (i) Cambio(s) en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente, pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas.
- (ii) Cambios en la concepción del referente normativo, debidos o no a la mutación de la opinión de los jueces competentes, sino a la evolución en las corrientes de pensamiento sobre materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado.
- (iii) Necesidad de unificar precedentes por coexistir dos líneas jurisprudenciales encontradas.
- (iv) Constatación de que el precedente se funda en una doctrina respecto de la cual hubo una gran controversia.
- (v) Equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial.
- (vi) Consecuencias inesperadas e inaceptables de interpretaciones pasadas que en su momento fueron útiles y adecuadas.
- (vii) Cambios históricos frente a los cuales resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional.
- (viii) Elementos de juicio no considerados en su oportunidad que permitan desarrollar de manera más consistente la institución jurídica.

Una manera sensata de propender a cualquier innovación y establecer claramente el estado en el que queda la jurisprudencia es apelando al nacimiento de un nuevo precedente, el mismo que delimite la forma de abordar, en adelante, las situaciones jurídicas con las que se reguló un precedente anterior. Esto, sin duda, garantizará certeza y por sobre todo claridad respecto de las pautas a seguir.

V. DIFERENCIAS ENTRE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Si bien el precedente constitucional representa una de las técnicas más efectivas a los efectos de fortalecer la jurisprudencia, no es la única.

De manera independiente al desarrollo del precedente e incluso con un reconocimiento y evolución considerablemente más antiguo⁷, se ha venido utilizando también, y con mucha mayor frecuencia, la llamada doctrina o jurisprudencia constitucional.

Naturalmente, lo dicho no significa que esta otra herramienta jurisprudencial sea más importante que el precedente constitucional. Simplemente, supone la constatación de una fórmula igual de relevante y susceptible de estudio.

156

Si bien, en esta ocasión, no nos proponemos abordar en extenso lo que representa la doctrina constitucional, consideramos pertinente efectuar algunas precisiones a modo de comparación. Esto con el propósito de establecer pautas distintivas entre una y otra fórmula.

En el contexto descrito y desde una perspectiva esencialmente indicativa, se puede decir, que, entre los principales criterios diferenciadores entre el precedente y la doctrina, puede hacerse alusión a los siguientes:

a. Su tratamiento regulatorio

Mientras el precedente, como ya se dijo, se encuentra regulado en el artículo VI del «Título preliminar» del nuevo Código Procesal Constitucional, la doctrina jurisprudencial vinculante recibe tratamiento directo tanto en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301, como en el

⁷ De la doctrina jurisprudencial vinculante se puede hablar en estricto desde la vigencia de la Primera Disposición General de la primigenia y derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 26435. Algunos autores, incluso, refieren que algunos elementos de la misma se encuentran también en el artículo 9 de la Ley 23506.

tercer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional.

De acuerdo con el primero de los citados dispositivos:

Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos 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, bajo responsabilidad.

En tanto que conforme al segundo:

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 que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

b. Su forma de establecimiento

Mientras el precedente constitucional se instituye a partir de un caso fuente o de origen y no necesita, en el sistema jurídico peruano, de un caso posterior para aceptarse como obligatoria, la doctrina jurisprudencial se empieza a individualizar tras la reiteración de interpretaciones o desarrollos constitucionales dispensados en una pluralidad de casos.

A pesar de que la doctrina se suele detectar tras sus constantes reiteraciones, ello no impide, y así lo evidencia la jurisprudencia, que, por excepción, se den supuestos en los que se le instituya a partir de un caso inicial. Cuando este último escenario se presenta, el Tribunal Constitucional proclama la creación de doctrina de modo expreso al aludir a cualquiera de las normas procesales que la regulan como tal.

c. Los alcances de su fuerza vinculante

La perspectiva central con la que se concibe el precedente es la de vincular a todos los poderes públicos. Esto se deduce si tomamos en cuenta el carácter plenamente normativo que se le otorga y al que se refiere el artículo VI del «Título preliminar», pero por, sobre todo, si se observa la previsión contenida en el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional que establece el efecto vinculante frente a todo poder público de las decisiones emitidas tanto por el Tribunal Constitucional como por el Poder Judicial cuando se trata del proceso de acción popular.

En el caso de la doctrina jurisprudencial, y aun cuando el efecto de vinculatoriedad sea a la postre general, se prioriza el mensaje en cabeza de los jueces y tribunales. En otras palabras y al tratarse de interpretaciones o desarrollos jurídicos en materia constitucional, es principalmente para el Poder Judicial, en sus diversos niveles o especialidades, que se dirigen los mensajes establecidos por el Tribunal Constitucional en su condición de supremo intérprete de la Constitución.

d. Características en su contenido

Mientras que el precedente constitucional se manifiesta con la emisión de reglas que buscan responder a controversias o incertidumbres que reclaman solución directa y, en tal sentido, su alcance resulta bastante concreto, la doctrina jurisprudencial se expresa a través de criterios o líneas de raciocinio establecidas, con el objeto de integrar el mensaje constitucional o interpretar la Constitución en cualquiera de sus sectores. Su contenido, desde dicha perspectiva, es, pues, más abierto o abstracto.

Con independencia de que nuestra jurisprudencia no siempre haya sido escrupulosa al momento de delimitar los alcances entre los precedentes y la doctrina⁸, queda claro que la diferencia es notoria, debiéndose distinguir cuándo nos encontramos ante indiscutibles precedentes y cuándo ante indudables desarrollos interpretativos.

158

e. Su forma de aplicación

Mientras el precedente constitucional despliega su aplicación únicamente en el escenario de casos iguales a aquel en el que el mismo fue instituido, la doctrina jurisprudencial puede ser utilizada en todo tipo de causas donde se haga indispensable reiterar los desarrollos interpretativos.

Así las cosas, el elemento de referencia para determinar cuándo un precedente es pertinente viene determinado por las características del caso que le dio origen como tal y de las cuales, no se puede desligar. En el supuesto de la doctrina, en cambio, no interesa o no es relevante la controversia planteada por el caso, sino la necesidad y pertinencia de ratificar lo que la Constitución, en último término, ha establecido.

⁸ Una muestra de ello se evidencia en lo resuelto en el Expediente 0949-2022-PA (caso Juan Enrique Martín Pendavis Pflucker) y la polémica generada entre los magistrados del Tribunal Constitucional.

VI. CONCLUSIÓN

Desde hace varios años atrás, se introdujo, en el ordenamiento jurídico peruano, la técnica del precedente para que ser aplicada en tres ámbitos distintos: el administrativo, el judicial y el constitucional. De los mismos, es en el último de los citados, donde puede decirse que ha encontrado un mayor desarrollo, aunque de pronto también, un más amplio nivel de problemáticas.

La regulación inicial del precedente específicamente constitucional se dio en el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional de 2004, tratamiento que, con algunas variantes ampliatorias, se ha vuelto a establecer en el vigente Código Procesal Constitucional de 2021.

A la luz de la actual normativa, se puede afirmar que el precedente constitucional se traduce en la emisión de una o varias reglas jurídicas nacidas a la luz de determinado tipo de casos, que, por la problemática que plantean y la ausencia de solución que evidencian vía nuestro ordenamiento legal, requieren una respuesta jurisprudencial.

La emisión del precedente puede provenir ya sea por decisión del Tribunal Constitucional, cuando conoce cualquier proceso del que es competente, o por voluntad de la Corte Suprema en cuanto máxima instancia del Poder Judicial, cuando se pronuncia en un proceso de acción popular.

El establecimiento del precedente requiere necesariamente objetivarse o reconocerse de modo expreso para aceptarse como válido y solo se puede traducir en reglas de solución o respuesta frente a controversias con determinadas características.

El precedente siempre debe delimitar sus efectos vinculantes a partir del momento en que es obligatorio, y solo puede ser dejado de lado o sustituido cuando el mismo órgano que lo generó así lo decide mediante resolución debidamente motivada.

La regulación asignada al precedente guarda silencio, sin embargo, sobre algunas problemáticas como las concernientes con el marco de relaciones entre el precedente constitucional generado por el Tribunal Constitucional y el establecido por la Corte Suprema, cuando ambos se superponen materialmente. Tampoco se establecen marcos diferenciales cuando el precedente se establece como obligatorio en adelante, respecto del que genera efectos hacia el pasado. Tales situaciones aún requieren definiciones jurisprudenciales, a diferencia de lo realizado respecto de los supuestos para generar un precedente.

A pesar del escenario descrito, el uso de dicha herramienta jurídica al igual que otras similares ha ido fortaleciéndose con el paso de los años evidenciando a estas alturas, una utilidad e importancia que nadie discute.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (21), 81-94.
- Carpio, E. & Grández, P. (coords.). (2007). *El precedente constitucional (2005-2006). Sentencias, sumillas e índices*. Palestra Editores.
- Castillo, L. (2008). *La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. En J. Castillo & L. Córdova (dirs.), *El precedente judicial y el precedente constitucional (175-233)*. Ara Editores.
- Castañeda, S. & Velezmoro, F. (coords.). (2010). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley.
- Crispín, A. (2024). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Comentarios y crítica*. Gaceta Jurídica.
- Dyer, E. (2015). *El precedente constitucional. Análisis cultural del derecho*. Ara Editores.
- García, D. (2021). Los orígenes del precedente constitucional en el Perú. *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Constitución y Naturaleza)*, (13), 231-254.
- Garro, A. (1988). Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del derecho comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (24), 95-134.
- Lancheros-Gámez, M. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa: síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la Sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Dikalos*, 21(1), 182-183.
- Landa, C. & Grández, P. (dirs.). (2021). *La construcción de la democracia y la garantía de los derechos. 25 años del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores.
- Magaloni, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw-Hill.
- Morales, F. (2017). *Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC. Análisis jurisprudencial de la última década*. Gaceta Jurídica.

- Peña, O. (coord.) (2012). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC.
- Ramírez, F. (2016). La técnica del precedente constitucional vinculante y las formas de apartamiento. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (97), 36-47.
- Ruíz, J. (2021). *La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia*. Editorial Grijley.
- Sáenz, L. (2021). El marco de relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (algunas ideas para fortalecer el modelo dual de Justicia Constitucional).
- Sáenz, L. (2022). La doctrina jurisprudencial vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional. En A. Crispín (coord.), *Precedentes y doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Sáenz, L. (2022). El precedente vinculante en materia constitucional y su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional. *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Nuevo Código Procesal Constitucional)*, (14), 239-286.
- Sáenz, L. (2023). Diferencias entre el precedente constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Notas marginales a propósito de las posiciones asumidas en el Exp. 949-2022-PA/TC. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (192).
- Santofimio, J. (2011). La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. *Revista Peruana de Derecho Público*, (22).
- Taruffo, M. (2012). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *Revista Ius et Veritas*, (45), 88-95.
- Tupayachi, J. (comp.) (2014). *El precedente constitucional vinculante en el Perú (análisis y doctrina comparada)*. Adrus Editores.