

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y

CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS

PRECEDENTES VINCULANTES

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.C.s. HENRY NAPOLEÓN VERA ORTIZ

Asesora:

Dra. CARMEN GLORIA CASTILLO DÍAZ

Cajamarca, Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
HENRY NAPOLEÓN VERA ORTIZ
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS PRECEDENTES VINCULANTES

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.C.s. HENRY NAPOLEÓN VERA ORTIZ

JURADO EVALUADOR

Dra. Carmen Gloria Castillo Díaz
Asesora

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Cajamarca, Perú

2021



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 17:05 horas del día 07 de mayo de dos mil veintiuno reunidos a través de meet.google.com/rix-iohy-yoj, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, e integrado por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA** y la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**; y en calidad de Asesora la **Dra. CARMEN GLORIA CASTILLO DÍAZ**; Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS PRECEDENTES VINCULANTES**; Presentado por el M.C.s. **HENRY NAPOLEÓN VERA ORTIZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECISIETE (17) EXCELENTE, la mencionada Tesis; en tal virtud, el M.C.s. **HENRY NAPOLEÓN VERA ORTIZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención: **DERECHO**.

Siendo las 18:37 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dra. Carmen Gloria Castillo Díaz
Asesora

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

A:

José y Celmira, mis padres, por la vida y por todo.
Milagros, mi esposa y compañera, con quien compartimos el regalo que la vida nos dio: Valeria, Vivian, y Vania, mis hijas, que seguirán siendo el símbolo del amor y motivo de inspiración en todos los actos que emprenda.

AGRADECIMIENTO

A aquellos amigos y compañeros de aulas, que se han encontrado pendientes y nos han impulsado a la culminación y cumplimiento de esta tarea académica.

“El precedente vinculante u obligatorio, en los términos de un mandato inexorable que debe ser seguido *“sin dudas ni murmuraciones”* o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no lo reconocieron, no existe en ningún lugar del mundo. Es, una especie de fuente de derecho para un caso concreto. Sin embargo, en ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente”.

Juan Monroy Gálvez

...

“La independencia judicial no es un fin, sino el medio hacia un fin. Es la médula del imperio de la ley que da a la ciudadanía la confianza en que las leyes se aplicarán justa e igualmente. Una judicatura independiente está en condiciones de reflexionar sobre el efecto de esas soluciones sobre los derechos y la libertad, y debe actuar para asegurar que esos valores no se socaven. La independencia es la fuente de donde emana el coraje necesario en el servicio a esta función del imperio de la ley”.

Sandra Day O’Connor

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
EPIGRAFE	vii
TABLA DE CONTENIDO.....	viii
RESUMEN	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1.1. Contextualización o problemática	1
1.1.2. Descripción del problema	4
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
1.4. OBJETIVOS.....	8
1.4.1. Generales.....	8
1.4.2. Específicos	8
1.5. DELIMITACIÓN.....	9
1.5.1. Espacial	9
1.5.2. Temporal	9
1.6. LIMITACIONES	9
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	10
1.7.1. De acuerdo al fin que se persigue	10
1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación	10
1.7.3. De acuerdo al nivel o alcance de investigación	11

1.7.4. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	11
1.8. ELABORACIÓN DE HIPÓTESIS	12
1.9. MÉTODOS.....	13
1.9.1. Métodos generales	13
A. Analítico – sintético	13
B. Inductivo – deductivo	14
1.9.2. Métodos específicos.....	15
A. Dogmático.....	15
B. Hermenéutico.....	16
C. Teleológico.....	17
1.10. TÉCNICAS.....	17
1.10.1. Recopilación documental	17
1.10.2. Análisis de contenido	18
1.11. INSTRUMENTOS	18
1.11.1. Hoja guía.....	18
1.11.2. Libreta de anotaciones	19
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA	19
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	19
1.13.1 Tesis doctoral: “Fundamentos jurídicos para la inaplicabilidad del precedente vinculante constitucional en el Perú”	20
1.13.2 Tesis de Maestría: “El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú: análisis jurisprudencial de la última década 2005-2015”	22
1.13.3 Tesis doctoral: “Las sentencias vinculantes del tribunal constitucional frente al ejercicio del control difuso del poder judicial”	23
1.13.4 Tesis de Maestría: “Cosa juzgada constitucional vs cosa juzgada judicial”	24

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	26
2.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	26
2.2. TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES	32
2.2.1. Poder Legislativo	37
2.2.2. Poder Ejecutivo.....	37
2.2.3. Poder Judicial	38
2.2.4. Interrelación entre los poderes del Estado	39
2.3. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	43
2.4. FAMILIAS JURÍDICAS DEL <i>COMMON LAW</i> Y <i>CIVIL LAW</i>	50
2.5 EL PODER JUDICIAL.....	58
2.5.1 Estructura orgánica del Poder Judicial	58
2.5.2 Importancia del Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho.....	62
2.5.3 El Juez del Estado de Derecho	68
2.5.4 El Juez del Estado Constitucional	72
2.5.5 El juez del Estado Constitucional, ya no es un Juez autómata	77
2.5.6 El control difuso como facultad de los jueces	80
2.5.7 Los precedentes judiciales	87
2.6 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	93
2.6.1 Estructura y funciones del Tribunal Constitucional	93
2.6.2 El Tribunal Constitucional como órgano supremo de interpretación	96
2.6.3 Los precedentes del Tribunal Constitucional	103
2.7 CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO	107
2.7.1 El Tribunal Constitucional y la creación de Derecho.....	110
2.7.2 Los jueces y la creación de Derecho.....	112

2.8	LOS PRECEDENTES VINCULANTES.....	115
2.8.1	Orígenes del precedente	115
2.8.2	Definición del precedente vinculante	118
2.8.3	Características y naturaleza del precedente.....	122
2.8.4	La fuerza de los precedentes y la obligatoriedad de su cumplimiento	128
2.8.5	Tipo de precedentes vinculantes	135
2.9	EL CAMBIO DEL PRECEDENTE VINCULANTE	138
2.9.1	La derogación o modificación del precedente	140
2.9.2	La desvinculación o apartamiento del precedente.....	144
2.9.2.1	La procedencia de la distinción (<i>distinguish</i>)	154
2.9.3	Supuestos para la desvinculación o apartamiento del precedente	158
2.10	¿RESPONSABILIDAD POR APARTAMIENTO O DESVINCULACIÓN DEL PRECEDENTE?	165
2.11	LA INDEPENDENCIA JUDICIAL	173
2.11.1	Antecedentes y noción de independencia judicial	173
2.11.2	Contenido y alcances de la independencia judicial	176
2.11.3	Clasificación de la independencia judicial	178
2.11.4	Importancia de la independencia judicial en un Estado Constitucional de Derecho	182
2.12	¿AFECTAN LOS PRECEDENTES VINCULANTES A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL?	185
	CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	198
3.1	CONTRASTACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS:	199
	A. La inflexibilidad y vinculación absoluta al precedente vinculante que se ha instaurado en el Perú, vulnera la independencia judicial.	199

3.2. CONTRASTACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS:.....	220
A. La naturaleza del precedente.....	220
B. La inexistencia de criterios jurisprudenciales infalibles, ni de verdades absolutas en la aplicación del Derecho.....	226
C. La independencia judicial.....	235
D. La facultad de ejercer control difuso por parte de los jueces, que debe extenderse hacia los precedentes vinculantes.	245
E. La creación judicial del Derecho	250
F. Los jueces de un Estado Constitucional de Derecho, no pueden ser considerados como “la boca del precedente”	256
CAPITULO IV: PROPUESTA NORMATIVA.....	264
CONCLUSIONES.....	276
RECOMENDACIONES	278
Lista de referencias	279

RESUMEN

La investigación tiene como finalidad, en primer orden, establecer que la incorporación de la figura del precedente vinculante en nuestro sistema jurídico, propia del derecho anglosajón o del *common law* tiene el sustento debido, por lo que su recepción resulta adecuada. Por otro lado - a partir de la existencia del principio de independencia judicial - constatar si la característica de vinculatoriedad u obligatoriedad absoluta con que se ha impuesto en nuestro país al precedente, resulta compatible con tal principio; o, en qué forma lo llega a afectar.

Para esto, se han estudiado las teorías que recogen los principios que informan al derecho y al derecho procesal, entre éstos, el de igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica; pero también la naturaleza del precedente vinculante desde sus orígenes, y, de la independencia judicial; además, a partir de su interrelación, los criterios que establecen la factibilidad que los jueces puedan apartarse o desvincularse de los precedentes vinculantes.

Para materializar esto, se ha estructurado una investigación de tipo básica, teórico – dogmática, con nivel explicativo – propositivo y, cualitativa puesto que se han utilizado los métodos, dogmático, hermenéutico y teleológico, las técnicas de observación documental y fichaje y las hojas guía como instrumento. Siendo el resultado el establecimiento de la factibilidad que los jueces puedan apartarse o desvincularse de los precedentes vinculantes.

Palabras clave: Precedentes vinculantes, independencia judicial, principios de igualdad, seguridad jurídica, apartamiento, desvinculación.

ABSTRACT

Investigation has like purpose, in first order, establishing than the incorporation in our legal system of the figure of the binding precedent, own of the Anglo-Saxon or common right law; have the sustenance owed, which is why his reception proves to be adequate. In addition, from the existence of the beginning of judicial independence, verifying if the characteristic of vinculatoriedad or absolute legally binding condition with which the precedent has been imposed in our country, that it proves to be compatible with such beginning; Or, in what way gets to affect it.

Ad hoc, they have studied the theories that collect the principles that they inform right side up and to the procedural right, between these, the one of equality in law enforcement, juridical certainty; But also the nature of the binding precedent from his origins, and, of the judicial independence; Besides, from your interrelation, the criteria that establish the feasibility that judges can set apart themselves or dissociating oneself from the binding precedents.

In order to materialize this, – dogmatist, with explanatory level – the pro-positive theoretician has structured a basic investigation of guy himself and, qualitative since the methods, dogmatist have been used, hermeneutical and teleologic, the observational techniques documentary and signing-up and sheets drives like instrument. Being the result the establishment of the feasibility that judges can set apart themselves or dissociating oneself from the binding precedents.

Passwords: Binding precedents, judicial independence, principles of equality, juridical certainty, isolation, divorcement.

INTRODUCCIÓN

Tanto el Tribunal Constitucional, como el Poder Judicial - en cumplimiento de sus funciones - se encuentran facultados para fijar o establecer precedentes vinculantes. La figura del precedente vinculante no es propia de nuestra familia jurídica (*civil law*), ya que proviene del *common law*, sin embargo consideramos que su incorporación a nuestro sistema normativo es beneficiosa, por cuanto busca una justicia predecible al uniformizar la jurisprudencia nacional, además de garantizar el respeto del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Se ha podido apreciar sin embargo, que en nuestro país los precedentes vinculantes se han incorporado con una característica singular, esto es, un efecto de vinculatoriedad vertical y absoluta, lo que significa que los jueces no se pueden apartar – inclusive bajo responsabilidad funcional – de los lineamientos establecidos. La característica de obligatoriedad en términos absolutos, más que una regla directriz, se concibe como una imposición de solución al caso concreto; pues cuando se tenga que resolver un caso similar a aquel en el cual se fijó el precedente vinculante, el juez no tiene otra opción que aplicarlo; aun cuando pueda considerar que el mismo no sea el más adecuado o correcto para la solución del caso concreto.

Además se aprecia que la posibilidad de modificar o apartarse de un precedente vinculante, y, con esto variar los criterios establecidos en ellos, solamente la tienen los mismos entes que los han fijado; esto es, el Tribunal Constitucional, y la Corte Suprema de Justicia de la República. Para los demás jueces ello no está permitido.

Por otro lado, tenemos que el Artículo 139, inciso 2 de la Constitución Política del Perú reconoce la independencia judicial como principio de la función jurisdiccional. En complemento, el artículo 146 de la norma fundamental establece que el Estado garantiza a los magistrados judiciales, su independencia y que éstos sólo están sometidos a la Constitución y la ley.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano jurisdiccional y sus integrantes administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible alguna injerencia al momento de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico que corresponda en cada caso. En ese contexto, una obligatoriedad absoluta limitaría la facultad de los jueces de actuar y resolver de manera independiente.

Además de ello, la realidad nos muestra que cuando los jueces han resuelto de manera contraria, o apartándose de los precedentes vinculantes, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), ha aplicado sanciones disciplinarias, ha solicitado la destitución de jueces, llegándose incluso a hacerse efectivas tales destituciones.

Por su parte el Tribunal Constitucional, ha establecido que los jueces no pueden ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, precisando que ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Incluso ha llegado a anular sentencias y requerir se denuncie por prevaricato, denuncias que por cierto también han llegado a plantearse.

Sobre ello cabe cuestionarse qué sucede si la inaplicación de los precedentes se realiza con una debida y adecuada argumentación, que incluso mejoraría la interpretación del Derecho contenida en los precedentes; ¿existiría algún tipo de responsabilidad en los jueces?

Esta situación problemática la abordamos estableciendo que si bien la recepción de los precedentes vinculantes en nuestro sistema tiene un impacto positivo, la característica de obligatoriedad absoluta llega a afectar la independencia judicial, y, por otro lado, que la rigidez total e inflexibilidad que acá se ha impuesto, no resulta acorde con la naturaleza del precedente, que incluso desde su lugar de origen, es flexible y los jueces de manera motivada puedan desvincularse o apartarse de los mismos. Existe el debido respaldo doctrinario y jurisdiccional, tanto nacional como comparado que avalan lo señalado.

Ante ello, planteamos una propuesta de solución que conjuga la obligatoriedad en el seguimiento al precedente, pero con la posibilidad excepcional que los jueces se puedan desvincular o apartar del precedente, para lo que se exige una debida y reforzada motivación.

Así, la estructura del presente trabajo de investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos. El primer capítulo, titulado aspectos metodológicos, detalla todos los presupuestos y procedimientos metodológicos por los que ha atravesado el investigador para llevar a cabo la ejecución de la tesis, pasando por la consistencia entre problema de investigación, objetivo e hipótesis; así como, su correspondencia con el tipo de investigación, técnicas de recojo de datos y métodos para su interpretación.

En el segundo capítulo, denominado marco teórico, se han volcado los conocimientos adquiridos luego de la revisión sistemática de manera descriptiva, pasando por los principios inmersos en la discusión, las posiciones doctrinarias y teóricas respecto del precedente vinculante y la independencia judicial; además de las características, funciones y alcances de ambas categorías.

En el tercer capítulo, referido a la contrastación (demostración) de hipótesis, se ha hecho uso de los aspectos y categorías desarrolladas en el marco teórico, y, mediante la argumentación se ha logrado validar las hipótesis planteadas. En el cuarto capítulo se formula una propuesta de modificación o reforma legislativa, para presentar luego, las conclusiones y recomendaciones respectivas.

Finalmente, en atención al diseño propositivo de la investigación, se ha planteado una propuesta de modificación o reforma legislativa que permita a los jueces, de modo excepcional y con las razones suficientes, apartarse de los precedentes vinculantes.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

Dentro de sus respectivas funciones, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los procesos que contempla el artículo 202 de la Constitución. El Poder Judicial, por su parte, ejerce la potestad de administrar justicia. En cumplimiento de tales funciones – de acuerdo a sus propios cuerpos normativos y características – ambos entes se encuentran facultados para establecer precedentes vinculantes.

Los precedentes vinculantes pueden ser entendidos como reglas jurídicas de aplicación del derecho y solución a casos concretos que resultan ser de obligatorio cumplimiento. Con ellos, se establece la forma en que los jueces del Poder Judicial, e incluso los miembros del Tribunal Constitucional, deben resolver casos futuros de naturaleza similar.

El establecimiento de los precedentes vinculantes es beneficioso, ya que busca una justicia predecible al uniformizar la jurisprudencia nacional, además garantiza el respeto del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Este hecho debe reflejarse también en una mayor seguridad jurídica en el país, lo que desde todo punto de vista resulta ser positivo. Ahora, el efecto de vinculatoriedad vertical y absoluta, importa que los jueces no se pueden apartar – inclusive

bajo responsabilidad funcional – de los lineamientos establecidos. Ello, se concibe como una imposición de solución al caso concreto; pues cuando se tenga que resolver un caso similar a aquel en el cual se fijó el precedente vinculante, el juez no tiene otra opción que aplicarlo; aun cuando pueda considerar que el mismo no sea el más adecuado o correcto para la solución del caso concreto.

La posibilidad de modificar o apartarse de un precedente vinculante, y, con esto variar los criterios establecidos en ellos, solamente la tienen los mismos entes que los han fijado; esto es, el Tribunal Constitucional, y la Corte Suprema de Justicia de la República. Para los demás jueces ello no está permitido.

Precisamos en relación a esto último, que no nos referimos a los principios jurisprudenciales que establece el artículo 22 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; ni a los acuerdos plenarios, emitidos en base al artículo 116 de la misma norma; ya que, respecto de ellos, legalmente es factible apartarse con la motivación adecuada.

Nos referimos a los casos en que por mandato legal expreso¹, se establece que los precedentes emitidos tienen fuerza vinculante, por ende, de obligatorio cumplimiento, y, que además solamente pueden ser inaplicados y variados por sus entes emisores.

¹ Precedente Judicial, Artículo 400° del Código Procesal Civil; Precedente obligatorio, artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales; Doctrina jurisprudencial vinculante, Artículo 433° del Nuevo Código Procesal Penal; Precedente vinculante Artículo 40° Ley 29497, Nueva Ley Procesal Del Trabajo (Precedentes judiciales); y, Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Precedentes constitucionales)

Por otro lado, tenemos que el Artículo 139, inciso 2 de la Constitución Política del Perú reconoce la independencia judicial como principio de la función jurisdiccional. Además el artículo 146 establece que el Estado garantiza a los magistrados judiciales, su independencia y que éstos sólo están sometidos a la Constitución y la ley.

La independencia judicial también ha sido debidamente reconocida por la Jurisprudencia del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional. Ello resulta de suma importancia para proteger al juez, en su delicada misión de resolver las controversias que se someten a su conocimiento.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin que el órgano jurisdiccional y sus integrantes administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible alguna injerencia al momento de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico que corresponda en cada caso.

La realidad, por otro lado, nos muestra que cuando los jueces resolvieron de manera contraria, o apartándose de los precedentes vinculantes, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), ha aplicado sanciones disciplinarias, ha solicitado la destitución de jueces, llegándose incluso a hacerse efectivas tales destituciones.

Por su parte el Tribunal Constitucional, ha establecido que los jueces no pueden ampararse en su independencia para

desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, precisando que ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Incluso ha llegado a anular sentencias y requerir se denuncie por prevaricato, denuncias que por cierto también han llegado a plantearse.

Ahora, podemos decir preliminarmente que cuando se haya resuelto ignorando los precedentes vinculantes, o no motivando las razones por las que se han apartado de los mismos; las investigaciones disciplinarias y sanciones podrían resultar correctas. Pero qué sucede si la inaplicación de los precedentes se realiza con una debida y adecuada argumentación, que incluso mejoraría la interpretación del Derecho contenida en los precedentes; ¿también existiría algún tipo de responsabilidad en los jueces?

1.1.2. Descripción del problema

Pese a la referida independencia judicial; la experiencia y realidad actual nos indican que no resulta posible que los jueces se aparten o inapliquen los precedentes vinculantes.

Los jueces, sin embargo, solamente están sometidos a la Constitución y la ley. Ante ello, cabe preguntarse si resulta válido ese sometimiento a los precedentes, sin que se vulnere la independencia judicial, y, por otro lado si basándose en la misma u otros fundamentos jurídicos, resulte factible apartarse de los

precedentes vinculantes. Al respecto debemos recordar que resultando factible a los a los jueces - vía control difuso - inaplicar una norma legal, por qué no podría suceder lo mismo respecto de los precedentes vinculantes, a los que se les reconoce fuerza normativa.

Consideramos que se hace necesario analizar las circunstancias que implicarían una afectación al principio de independencia judicial, y nos lleve a disertar sobre la conveniencia de regular la posibilidad de un apartamiento motivado, y, determinar el modo y circunstancias para hacerlo.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

P1: ¿Qué característica del precedente vinculante instaurado en el Perú, vulnera la independencia judicial?; y,

P2: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces apartarse de los precedentes vinculantes?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Del análisis a la interrelación entre la obligatoriedad absoluta al precedente vinculante en nuestro país, y, el principio de independencia judicial, se aprecia que existe vulneración a dicho principio y limita a los jueces en su capacidad autodeterminativa para resolver los casos concretos conforme a su criterio y sujetos a la Constitución y la ley; ya que se encuentran “atados”

a resolver conforme a las reglas establecidas en los precedentes, incluso contra su propia convicción.

Hemos dicho que la incorporación del precedente vinculante en nuestro sistema jurídico resulta ser positiva, sin embargo, la característica de obligatoriedad absoluta e inflexibilidad resulta atentatoria a la independencia judicial.

Bajo ese contexto y para armonizar una adecuada recepción del precedente, la investigación se justifica desde una perspectiva teórica y para el incremento del conocimiento jurídico, en cuanto busca establecer dos aspectos esenciales.

En primer lugar, que la figura del precedente tiene ya reconocimiento legal en nuestro sistema y que es una importante categoría para el fortalecimiento de una administración de justicia predecible y uniforme y que además garantice la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, por ende su incorporación resulta adecuada. Por otro lado que, de acuerdo a su origen y naturaleza, el precedente no tiene la característica de inflexibilidad absoluta, la misma que por tanto no puede sostenerse en nuestro país. Se justifica así un estudio en este extremo, ya que demostradas las hipótesis que hemos planteado se puede lograr la optimización del principio de independencia judicial, sin necesidad de un rechazo frontal al precedente.

Por otro lado, la investigación reconocerá que si bien el principio de independencia judicial es de naturaleza constitucional, como cualquier derecho fundamente puede ser limitado; de ahí que, en principio, el seguimiento del precedente no implica una afectación. La afectación sin

embargo, sí se presenta en la obligatoriedad absoluta que se ha impuesto en nuestro país, con la que los jueces se ven impedidos de apartarse del precedente, con el añadido que de hacerlo se considera que existe responsabilidad funcional y hasta penal.

Desde una perspectiva práctica, la investigación se justifica y resulta de importancia en el campo de la administración de justicia. En efecto, los resultados incidirían en un mejor cumplimiento de la labor judicial ya que la situación actual, respecto a la imposibilidad legal de que los jueces se aparten de los precedentes vinculantes establecidos por el la Corte Suprema del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, genera una especie de pasividad respecto de la posibilidad de mejorar tales criterios y contribuir al desarrollo del Derecho a través de una adecuada labor jurisprudencial judicial. Será útil también para determinar la inexistencia de responsabilidad funcional o penal en casos en que los jueces se aparten de los precedentes.

En atención a ello consideramos que se hace necesaria una reforma legislativa que permita a los jueces ejercer la posibilidad de apartarse o inaplicar los precedentes vinculantes, sin incurrir en responsabilidades. De allí que la investigación se justifica y resulta importante también para el desarrollo de la legislación.

A nivel personal, nos ha motivado investigar el tema planteado ya que en nuestra experiencia como juez, consideramos que en algunos casos resulta necesaria la desvinculación debidamente fundamentada del precedente, sin que ello genere responsabilidades; además, contar con un mecanismo legal en el que nos respaldemos.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Generales

- A. Determinar qué característica del precedente vinculante instaurado en el Perú, vulnera la independencia judicial.
- B. Establecer los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces apartarse de los precedentes vinculantes.

1.4.2. Específicos

- A. Describir el origen, naturaleza, y fuerza de los precedentes vinculantes.
- B. Determinar la naturaleza y alcances del principio de independencia judicial.
- C. Determinar que la obligatoriedad absoluta y grado de inflexibilidad del precedente impuesto en el Perú, afecta la independencia judicial.
- D. Analizar la factibilidad o posibilidad de desvinculación judicial de los precedentes vinculantes.
- E. Elaborar una propuesta de modificación normativa que permita a los jueces apartarse o inaplicar precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y Poder Judicial, sin incurrir en responsabilidades.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

Atendiendo al tipo de investigación – básica-dogmática – no existe una delimitación espacial en estricto, sin embargo podemos señalar que aplica a la realidad peruana.

1.5.2. Temporal

Este tipo de investigación – básica-dogmática – no admite delimitación temporal, más que la que pueda corresponder a la vigencia de las normas relativas al problema de investigación.

1.6. LIMITACIONES

La limitación que se encontró al inicio de la investigación fue que no se contaba con antecedentes directos respecto del problema de investigación. En el desarrollo mismo de la investigación, sin embargo tal limitación ha sido superada en parte, toda vez que se han encontrado trabajos que guardan cierta relación con el nuestro, que también nos ha servido de base para culminarlo.

Precisamos sin embargo que no existe antecedente directo que haya analizado el estudio bajo las aristas que nosotros planteamos, por lo que la contextualización y discusión se basa en antecedentes generales del tema de investigación.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que se persigue

La presente es una investigación básica-dogmática, debido a que se ha llevado a cabo con la finalidad de lograr un incremento del conocimiento respecto de los principios fundamentales de las categorías jurídicas estudiadas y de la realidad problemática planteada. Ello además por cuanto la búsqueda de ese incremento del conocimiento se da a un nivel teórico, que no cuenta con un fin práctico de modificación inmediata de la realidad.

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

El diseño de la investigación realizada es no experimental, ya que no se basa en la utilización o manipulación de variables. Se ha basado en la observación de la situación problemática existente para su posterior descripción y análisis. Así, luego de observar la normatividad que regula el establecimiento de los precedentes vinculantes y la imposibilidad que los jueces los inapliquen o se aparten de ellos, se ha advertido que de acuerdo al propio origen y naturaleza de los precedentes, una imposibilidad absoluta constituye una afectación al principio de independencia judicial. Entonces analizando la doctrina y jurisprudencia, se ha efectuado la interpretación correspondiente para determinar la posibilidad de la inaplicación motivada de los precedentes vinculantes.

1.7.3. De acuerdo al nivel o alcance de investigación

El nivel o alcance de la investigación realizada es explicativo-propositivo. Explicativo porque más allá de la descripción y análisis de los dispositivos normativos que no permiten que los jueces inapliquen o se aparten de los precedentes vinculantes, se ha determinado que esa cerrada imposibilidad no encuentra sustento en el origen y naturaleza de los precedentes, y, que en ese contexto afecta el cabal ejercicio de la independencia judicial. Bajo ese contexto y en atención a los criterios jurídicos y la doctrina utilizados, hemos arribado a una conclusión reflexiva que nos ha llevado a proponer los correctivos necesarios.

Propositiva, ya que luego de haberse cuestionado la regulación existente, se han propuesto cambios o reformas legislativas que posibiliten a los jueces inaplicar o apartarse de los precedentes vinculantes, sin que se les genere algún tipo de responsabilidad.

1.7.4. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de la investigación es el cualitativo puesto que el análisis realizado se ha centrado en la descripción de las características de las categorías jurídicas estudiadas para su posterior interpretación.

No se han utilizado variables susceptibles de medición o comprobación, ni se han realizado actos de experimentación, tampoco se ha sustentado el trabajo en experiencias fácticas; sino

más bien a partir del análisis documental de la norma, la doctrina y la jurisprudencia y de su interpretación es que se han elaborado o construido los criterios que deben existir para determinar la posibilidad que los jueces inapliquen o se aparten de los precedentes vinculantes, sin que se les genere algún tipo de responsabilidad.

1.8. ELABORACIÓN DE HIPÓTESIS

H 1: La inflexibilidad y vinculación absoluta al precedente vinculante que se ha instaurado en el Perú, vulnera la independencia judicial.

H 2: Los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces apartarse de los precedentes vinculantes son los siguientes:

- A. La naturaleza del precedente.
- B. La inexistencia de criterios jurisprudenciales infalibles, ni de verdades absolutas en la aplicación del Derecho.
- C. La independencia judicial.
- D. La facultad de ejercer control difuso por parte de los jueces, que debe extenderse hacia los precedentes vinculantes.
- E. La creación judicial del Derecho.

F. Los jueces de un Estado Constitucional de Derecho, no pueden ser considerados como “la boca del precedente”.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Métodos generales

A. Analítico – sintético

El análisis implica la descomposición mental de un todo en sus partes para estudiar de manera intensiva cada una de ellas y relacionarlas entre sí y con el todo. La síntesis por otro lado, implica la integración o unión de las partes analizadas y que reagrupadas armónicamente vuelven a integrar el todo unitario con un mejor conocimiento y comprensión.

Este método nos permitió la descomposición mental de la naturaleza, funciones y finalidad última de los precedentes vinculantes; para luego, en su integración, determinar qué aspecto afecta la independencia judicial.

Del mismo modo, luego de realizar el análisis y descomposición mental de la naturaleza, características, elementos y fundamentos de la independencia judicial, se comprendió en la integración de los mismos, que los jueces se encuentran en posibilidad de desvincularse de los precedentes vinculantes.

B. Inductivo – deductivo

La inducción implica ir de lo particular a lo general. Así del análisis y estudio de hechos o fenómenos particulares se puede llegar a establecer una conclusión general. La deducción por su parte implica ir de lo genérico a lo particular. Partiendo de situaciones genéricas consideradas como válidas, se llega a su aplicación en situaciones o casos específicos. Ahora, aun cuando pueda considerarse que constituyen métodos contrapuestos, en realidad se complementan ya que, a partir del estudio de casos o situaciones particulares, se llega a establecer generalizaciones.

Estos métodos nos permitieron, a raíz de la observación particular de la normatividad y el contexto hoy existente sobre los precedentes vinculantes, establecer, a nivel general, que la cerrada imposibilidad de apartarse de los mismos afecta la independencia judicial. A partir de ello se propone una modificación normativa que establezca la posibilidad de apartarse de los precedentes vinculantes, sin generar responsabilidad penal o funcional en los jueces.

Además, partiendo del fundamento genérico que los jueces pueden inaplicar una norma legal, se concluye que también pueden inaplicar un precedente vinculante.

1.9.2. Métodos específicos

A. Dogmático

Es el principal método que se ha utilizado en la investigación debido a la naturaleza teórica de la misma; y, por cuanto es el método con el que mejor se puede llegar a una adecuada teorización, ya que no se limita al estudio de los significados de los términos.

Dicho método, resulta idóneo para la investigación jurídica, ya que la nueva ciencia del Derecho tiene la decidida tendencia de ir lo más posible en la descomposición de los conceptos. Recuérdese que la dogmática implica: a) el análisis lógico de conceptos jurídicos, b) la reconducción de ese análisis a un sistema, y c) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones judiciales (Alexy, 2010, p. 349).

Por otro lado, con este método y en base a elaboraciones lógicas y conceptuales, se llega a construcciones teóricas o principios doctrinarios, pudiendo valerse para ello de doctrina, del derecho comparado y de jurisprudencia.

Así, teniendo en cuenta los principios doctrinales se ha teorizado sobre la naturaleza y alcance del precedente, el contenido del principio de independencia judicial, la afectación existente (en el aspecto en que ello se presenta); y, cómo con

la permisión de inaplicar los precedentes se solucionaría la problemática planteada.

B. Hermenéutico

Método que sirve para efectuar una adecuada interpretación de las normas jurídicas. Busca entender el real sentido y significado de los textos interpretados.

Utilizamos este método ya que la interpretación jurídica se ubica dentro de la hermenéutica (*interpretatio* es la traducción latina del griego *hermenéia*) que palabras más, significa la ciencia que se ocupa de la comprensión e interpretación de ciertos textos, agregándose que el problema que caracteriza este tipo de interpretación consiste en entender para actuar o para decidir (Rodríguez Alzate, 2010, p. 84).

Desde esa perspectiva se han interpretado las normas que regulan la fijación y modificación de los precedentes vinculantes y las que establecen la imposibilidad que los jueces puedan apartarse o inaplicar los mismos. Del mismo modo, comprendiendo el real significado de la independencia judicial y el aspecto que resulta afectado, se ha establecido la necesidad de corregir tal afectación. En base a ello se ha arribado a las conclusiones de la investigación.

C. Teleológico

Utilizado en cuanto se ha interpretado la figura del precedente en su fin último, en su razón de por qué y para qué del mismo. De igual modo, respecto a la independencia judicial.

Así, si la razón de ser de los precedentes implica un mecanismo de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho; y, si la labor de los jueces busca soluciones justas y en respeto de los derechos fundamentales; no deberían existir limitantes absolutas para que los jueces puedan variar el modo de resolver nuevos conflictos, aún en modo distinto a lo establecido en los precedentes. Ello obviamente si así se otorga una mejor y mayor protección a los derechos.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Recopilación documental

La recopilación documental es una técnica de investigación social cuya finalidad es obtener datos e información partir de documentos escritos y no escritos, susceptibles de ser utilizados dentro de los propósitos de una investigación en concreto (Ander-Egg, 1995).

Bajo ese contexto, y respecto de las categorías jurídicas estudiadas, en fuentes como normatividad, doctrina y jurisprudencia; se ha realizado búsqueda de documentos, elaboración de primeras listas de referencias documentales, la

lectura y análisis de documentos; y, a partir de ello elaborar nuevos documentos que forman parte del presente trabajo.

1.10.2. Análisis de contenido

El análisis de contenido se puede entender como una técnica de investigación cuya finalidad es la descripción objetiva, sistemática y cuantitativa del contenido manifiesto de la comunicación o de cualquier otra manifestación de la conducta. Sin embargo, "...no sólo se ha de circunscribir a la interpretación del contenido manifiesto del material analizado, sino que debe profundizar en su contenido latente y en el contexto social donde se desarrolla el mensaje" (Andréu Abela, 2018).

A través de esta técnica no solamente se ha arribado a determinar el contenido manifiesto, sino el intrínseco de los precedentes y la independencia judicial, como de las demás categorías jurídicas estudiadas, y, en base a su análisis e interpretación se propone la solución al caso planteado.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. Hoja guía

La hoja guía se ha utilizado para la aplicación de la técnica de observación documental, en la búsqueda y registro de información documental normativa, doctrinal y jurisprudencial.

1.11.2. Libreta de anotaciones

Utilizada para ejecutar la técnica de análisis de contenidos, registrando los elementos identificados del precedente, independencia judicial, y demás categorías jurídicas estudiadas; y, además, para anotar el análisis que se hace de los mismos.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

La presente investigación es de tipo básica-dogmática, con datos teóricos, y no cuenta con variables; tampoco con unidad de análisis, universo y muestra, puesto que tales aspectos son de carácter empírico, los mismos que no calzan en el tipo de investigación realizada.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Al inicio de la investigación y presentación del proyecto no se contaba con antecedentes de investigación respecto al problema que nos planteamos. Ya durante el desarrollo de la investigación, elaboración y culminación de la tesis se han encontrado trabajos de tesis de maestría y doctorales que en cierta forma han tratado el problema que estudiamos. Tales trabajos abordan algunos aspectos que de nuestra parte también hemos investigado, no llegando sin embargo a ser iguales. En efecto, revisados dichos trabajo y comparándolos con el nuestro advertimos que tenemos un enfoque distinto, sin embargo en todo caso nos han servido como puntos de referencia para el desarrollo de nuestro trabajo. Además difieren también las hipótesis, objetivos, y lo que de nuestra parte proponemos.

Precisamos que la información señalada se ha obtenido después de haber revisado con los criterios de búsqueda, referidos al: 1) título de la investigación; y, 2) los términos: precedentes vinculantes, e independencia judicial; en la base de datos del RENATI (Registro Nacional de Trabajos de Investigación, de la SUNEDU), y, de diversas universidades a la que nos ha remitido.

Se han revisado los trabajos que luego se indican.

1.13.1 Tesis doctoral: “Fundamentos jurídicos para la inaplicabilidad del precedente vinculante constitucional en el Perú”

Esta tesis ha sido elaborada por Teresa Ysabel Terán Ramírez, y presentada ante la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. La similitud del título de dicha tesis con una de nuestras hipótesis, y su presentación ante la misma Escuela de Posgrado, hicieron obligatoria su revisión a efectos de no incurrir en una duplicidad investigativa.

De dicha revisión se puede advertir que no existe una duplicidad en la investigación, y que los enfoques realizados en ambos trabajos son distintos, incluso en los aspectos que pudiesen haberse advertidos similitudes, las conclusiones difieren.

Sobre ello, podemos precisar que si bien ambos casos se refieren a los precedentes vinculantes, lo cierto es que el trabajo que acá citamos solo hace referencia a los precedentes vinculantes del Tribunal Judicial, mientras que nuestro trabajo aborda además los

precedentes vinculantes del Poder Judicial. El ámbito de estudio entonces es distinto.

Por otro lado, en nuestro caso abordamos el estudio sobre la interrelación entre precedentes vinculantes e independencia judicial, que busca armonizar adecuadamente la recepción del precedente en nuestro sistema jurídico y el respeto a la independencia judicial. La tesis de Teresa Ysabel Terán Ramírez, establece por su parte, que de su trabajo se:

“...permite colegir que, en el Perú, el Precedente deviene en inaplicable; afirmación que ha motivado fundar la propuesta de modificación al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dispositivo normativo que regula el Precedente, en el entender de que, el mismo, de cara a su originaria peculiaridad, represente una pauta orientativa y no obligatoria para quienes ejercen función jurisdiccional; a fin de que se garanticen los principios-derechos concernientes a la labor jurisdiccional; así como, se dote de garantías al proceso constitucional, en el marco del Estado Constitucional de Derecho”.

Ahora, solo a efectos de establecer las diferencias, adelantaremos que las conclusiones señaladas difieren con las nuestras, ya que de nuestra parte no consideramos que en el Perú el Precedente devenga en inaplicable; todo lo contrario ya que por los fundamentos que contiene la técnica del precedente, somos de opinión que la incorporación del precedente en nuestro sistema resulta ser positiva.

Por otro lado, respecto a que el precedente represente una pauta orientativa y no obligatoria para quienes ejercen función jurisdiccional, consideramos que ello no es así. De nuestra parte

reconocemos la fuerza vinculante del precedente (más allá de orientativa) y la obligatoriedad de su seguimiento. Lo que no consideramos adecuado es una rigidez absoluta, por lo que proponemos su flexibilidad bajo circunstancias especiales y excepcionales.

1.13.2 Tesis de Maestría: “El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú: análisis jurisprudencial de la última década 2005-2015”

Tesis elaborada por Francisco Humberto Morales Saravia, presentada ante la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En este trabajo su autor establece que “el Tribunal Constitucional” debe cambiar su interpretación y práctica para pasar de un precedente rígido y autoritario a uno de tipo flexible y que se circunscriba a temas constitucionales, según los modelos de referencia (EE.UU., Colombia)”.

En este caso no se ha efectuado un análisis correlacional entre precedentes vinculantes e independencia judicial; solamente se refiere a los precedentes del Tribunal Constitucional y no a los del Poder Judicial, que nosotros abordamos.

Cabe precisar en todo caso, que en el aludido trabajo se establece que del precedente rígido y autoritario se debe pasar a uno de tipo flexible y que se circunscriba a temas constitucionales. En esa línea nosotros también señalamos que el precedente vinculante debe

admitir matices de flexibilidad, pero no solo en temas constitucionales, sino también respecto de los precedentes judiciales. En todo caso esa conclusión que puede ser similar en algún aspecto a lo que nosotros planteamos, también puede ser un aval a nuestra postura.

1.13.3 Tesis doctoral: “Las sentencias vinculantes del tribunal constitucional frente al ejercicio del control difuso del poder judicial”

Presentada por Eder Josué Velásquez Uriol ante la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo.

Respeto de este trabajo, el enfoque también es distinto, aunque con un aspecto que pareciese similar, esto es lo referido al control difuso que nosotros planteamos como una hipótesis.

En efecto, el trabajo que aludimos tiene como objetivo “demostrar el criterio de precedente vinculante contenida en la sentencias del Tribunal Constitucional en materia de amparo, condiciona el ejercicio del control difuso del Poder Judicial”.

De nuestra parte el trabajo no va en esa línea, ya que hemos hecho alusión a que en virtud del control difuso como facultad de los jueces, éstos pueden de manera análoga inaplicar los precedentes.

1.13.4 Tesis de Maestría: “Cosa juzgada constitucional vs cosa juzgada judicial”

Tesis elaborada por Víctor Malpartida Castillo, presentada ante la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El aspecto central de dicha tesis buscó determinar la relación existente en nuestro país, entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, y, dentro de ésta relación, lo concerniente a la posición del primero en referencia con la denominada “cosa juzgada constitucional” y cómo incide en la independencia del Poder Judicial, además de la supuesta posición jerárquicamente subordinada del Poder Judicial frente al Tribunal Constitucional.

En nuestro caso la relación se da entre los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y los de la Corte Suprema, con la independencia judicial, y más allá de establecer esa relación, nuestro enfoque busca también establecer los supuestos que fundamentan que los jueces pueden apartarse de tales precedentes, lo que no ha sido abordado en el trabajo que señalamos.

En síntesis, respecto de tales antecedentes podemos decir que los enfoques son distintos y si bien pueden presentarse algunos puntos de convergencia, la existencia de tales investigaciones justifica la importancia del tema, y, mantiene interés académico y/ o científico investigativo, dado que la problemática planteada aún no ha sido objeto de respuesta normativa, o mejor dicho de modificación de las normas que resulten

necesarias para dar una respuesta adecuada. En ese sentido nuestro trabajo mantiene independencia, ya que además planteamos modificaciones distintas a la de los trabajos previos.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Actualmente contamos con el concepto o categoría de Estado Constitucional de Derecho; sin embargo para hablar de ello también se tiene que hablar de Estado de Derecho, esto por cuanto se lo considera como su antecedente, o el concepto del cual esta nueva institución se ha generado o proyectado. Puede decirse así, que el Estado Constitucional es una versión mejorada del Estado de Derecho. En efecto, sobre todo en Europa, el modelo del Estado Constitucional y la ideología que lo alimenta (el constitucionalismo), suelen presentarse como la transformación evolutiva del Estado de Derecho (Grández Castro, 2010, p. 21).

Los orígenes del Estado de Derecho, se remontan a los siglos XIX y XX. En Europa, esta forma de Estado proviene de la Revolución Francesa que tenía entre sus objetivos garantizar la libertad e igualdad de los ciudadanos y acabar con los privilegios del clero y la nobleza. Esto se lleva a cabo mediante el reconocimiento de un catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos, las declaraciones de derechos, y mediante una determinada forma de organizar el Estado: separación de poderes y sumisión del poder al Derecho para la garantía de los derechos. Significa la sumisión de la administración y del juez a la ley, que, como norma general y abstracta y expresión de la voluntad general, es también garantía de justicia (Gascón Abellán, 2003, págs. 16,17).

El Estado de Derecho se cimienta sobre tres pilares fundamentales: la división y la separación de poderes (*checks and balances*), la protección

de una serie de derechos entendidos como fundamentales – a partir básicamente de una actitud de abstención del Estado para evitar intromisiones que afectaran la libertad de los ciudadanos – que no es cosa distinta a la protección a través de la positivización normativa de los derechos humanos, y por último la supremacía de la ley. Por eso, se habla de un Estado legal (Feoli Villalobos, 2009, p. 47).

Puede decirse entonces que la esencia del Estado de Derecho es la libertad; y, en el mismo la ley es el instrumento primordial para guiar la conducta de los ciudadanos, así mismo busca eliminar las arbitrariedades en el ámbito de la actividad estatal que afecte a sus ciudadanos. Por otro lado, con la separación del Estado en tres poderes, se busca lograr el debido equilibrio. Acá adquiere real importancia la labor de administrar justicia.

Caracteriza a este modelo la separación de poderes, la supremacía de la ley, la subordinación de los derechos de los ciudadanos a la ley, y la existencia de jueces independientes. Esa aludida independencia de los jueces sin embargo, constituye un fundamento teórico; ya que en la práctica, sin bien los jueces tienen competencia para resolver controversias entre ciudadanos y entre ellos y la administración, se basaban exclusivamente en la aplicación de la ley, sin ninguna posibilidad de interpretación discrecional.

Conforme a lo que se viene señalando, la ley se concebía como el Derecho mismo. Estaba por sobre los poderes Poder Ejecutivo y Judicial, y también ante los ciudadanos. Por eso se concibe al Estado de Derecho, como un

Estado legislativo que se afirmaba a través del principio de legalidad. La preeminencia la tenía el Poder Legislativo, ya que éste era quien expedía las leyes, correspondiendo al Poder Ejecutivo cumplirlas y al Poder Judicial solamente aplicarlas conforme estaban dadas. En este último caso, incluso se generó la conocida frase que acuñó Montesquieu, “los jueces eran la boca que pronunciaba la ley”. No existía discrecionalidad judicial.

Ahora, el Estado Constitucional de Derecho por su parte, se origina en la segunda mitad del siglo XX. Gira en torno a tres ideas: 1) la división y separación de poderes (*checks and balances*), 2) la protección de los derechos; y, 3) la prevalencia de un texto jurídico por encima de todas las normas, la Constitución Política. La Constitución es una norma no sólo suprema desde la jerarquía kelseniana sino que en el juego democrático adquiere un papel fundamental porque es el instrumento por medio del cual a las personas se les garantiza una serie de derechos. Ya no basta con que quiénes detentan el poder lo ejerzan observando leyes, que en muchos casos ellos mismos han creado; sino que además se hace imprescindible la actuación conforme el respeto absoluto a un parámetro de legitimidad, la Constitución. Se busca evitar la arbitrariedad y el abuso, y, con ello se tiene que en la actualidad, no podemos hablar de democracias fuera de los Estados Constitucionales de Derecho (Feoli Villalobos, 2009, pp. 47-48).

El Estado Constitucional de Derecho, implica un estadio más de la idea de Estado de Derecho, es su culminación. Así, si en el Estado de Derecho existía la sumisión de la administración y del juez a la ley; en el Estado Constitucional también el legislativo se encuentra sometido a Derecho, a la

Constitución. Se puede decir que el Estado Constitucional de Derecho, incorpora junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad (Gascón Abellán , 2003, pp. 21-22).

En el proceso de constitucionalización se amplía la concepción del Derecho. Tanto las instituciones, los valores y creencias de las democracias contemporáneas, giran en torno al rol que juega la Constitución. Es la presencia de la Constitución como norma fundamental la que viene a replantear algunos de los postulados centrales del Estado de Derecho, que se estructuró en torno y, a partir de la ley. Una Constitución que condiciona la producción de las demás normas del sistema y que como tal se presenta como “norma suprema” exige al mismo tiempo, una reconfiguración de las relaciones entre legislación y jurisdicción, al tiempo que robustece la imagen del juez en desmedro de la omnipotencia del legislador (Grández Castro, 2010, pp. 19,20).

Ahora, ese avance de Estado de Derecho a Estado Constitucional, no solamente debe significar el cambio de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución. Debe basarse y sostenerse en el desarrollo y cumplimiento de los principios y valores que han inspirado a este Estado Constitucional. En efecto, uno de los rasgos que mejor lo definen, como lo ha señalado Gascón Abellán (2003) es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución (p. 23).

El Estado Constitucional de Derecho es un modelo de organización política de un país, que está recogido en la Constitución y que tiene dos finalidades primordiales: de un lado, establecer y limitar la estructura básica del Estado y, de otro lado, garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas, teniendo como base la Constitución. Sin embargo para la existencia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, es indispensable el cumplimiento de ciertos principios, estos son: el principio de división de poderes, el principio de normatividad de la Constitución, el principio de legalidad, el principio democrático y el principio de respeto a los derechos fundamentales de las personas o derechos humanos (Siles Vallejos, 2011, p. 5).

En esa misma línea de pensamiento, y en el desarrollo de los conceptos del Estado Constitucional, se ha señalado que el mismo incluye como premisas básicas: la inclusión de más principios que reglas; la implementación de más ponderación que subsunción, es decir, se descarta el uso prioritario de los métodos de interpretación tradicionales y formalistas; la transversalidad y omnipresencia de la Constitución, y con ella de la constitucionalización del Derecho y de los problemas jurídicos. Esto se traduce también en un fenómeno: el de la constitucionalización de la vida cotidiana; y, la Constitución es una norma vinculante y no meramente programática, y como tal se puede exigir que se le respete (Aguirre Román, García Obando y Pabón Mantilla, 2009, p. 20).

En correlato con ello, y en síntesis puede decirse que el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho configura un Estado con las

siguientes características: (i) el ejercicio del poder está dividido y limitado; (ii) está sometido a la Constitución y a las leyes; (iii) se organiza y legitima democráticamente; (iv) se orienta a asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas. Para ello resulta clave el buen funcionamiento del Poder Judicial (Siles Vallejos, 2011, p. 7).

Conforme se ha visto, el Estado Constitucional recoge la síntesis de un proceso histórico que hace posible la institucionalidad de la democracia y la garantía jurisdiccional de los derechos (Grández Castro, 2010, p. 23). Comporta cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez al Derecho, pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales (Gascón Abellán, 2003, pág. 24).

Se requiere entonces que el Poder Judicial actúe y funcione correctamente, además de la existencia de límites. En efecto se deben imponer límites a las autoridades y funcionarios, para sostener la existencia de un Estado Constitucional, ya que:

...no existe Estado democrático constitucional si las autoridades o funcionarios disponen de poderes ilimitados; o de existir límites impuestos éstos carecen de efectividad para controlar el campo de su actuación válida. De manera que un adecuado funcionamiento del Estado Democrático Constitucional y el desarrollo equilibrado de las relaciones entre las personas particulares y el Estado, conlleva el establecimiento de límites al accionar de las autoridades o funcionarios. Esos límites están previstos por la Constitución con la distribución de funciones a los órganos de poder, la delimitación de competencias y atribuciones, la proclamación de los derechos fundamentales y la fijación de las garantías constitucionales. En consecuencia, cabe señalar que, allí donde una autoridad pública

pueda traspasar el límite fijado por la Constitución y sus actos u omisiones sigan, no obstante, teniendo valor jurídico, no sirve tener Constitución o, como sostuvo Lassalle, ésta es apenas una hoja de papel sin contenido material alguno (Rivera Santibáez, 2006, p. 42).

Así, tenemos que el modelo de Estado Constitucional de Derecho exige la existencia y actuación de un Poder Judicial dotado de las características esenciales de independencia e imparcialidad.

Con esto nos adentramos en uno de los aspectos esenciales de nuestro trabajo; esto es la existencia del principio de independencia judicial, como un pilar primordial del Poder Judicial, y, necesario para su adecuado desarrollo; por ello creemos que entender debidamente los alcances de la independencia judicial y el correcto ejercicio del mismo por parte de los jueces, definitivamente va a permitir el desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, y, con ello la protección de los derechos fundamentales de las personas.

2.2. TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

En el desarrollo de la humanidad y de la organización del Estado, la historia nos ha enseñado que la concentración del poder tiende a favorecer la comisión de abusos y la adopción de decisiones de gobierno desacertadas. Por el contrario, la separación de poderes permite la existencia de un sistema de controles mutuos entre los diversos órganos del poder público (conocido como «sistema de pesos y contrapesos» o de «*checks and balances*»), limitando así la posibilidad de excesos y mejorando las condiciones generales de gobernabilidad (Siles Vallejos, 2011, p. 5).

En efecto, la doctrina de la separación de poderes buscó en sus orígenes combatir los gobiernos despóticos. Con ello se pretendía evitar que un determinado grupo o sector interfiriera sobre los derechos e intereses de los demás. Posteriormente con tal división se buscó consolidar la sociedad regida bajo el imperio de la ley. Se establecieron los tres poderes: el Poder Legislativo, que debía crear el mandato legal; el Poder Ejecutivo, para ejecutar la ley y administrar la sociedad; y el Poder Judicial, representado en los jueces para que el mandato de la ley se aplique irrevocablemente en los casos concretos sometidos a su conocimiento y decisión. Se construye así un Estado de Derecho en las democracias occidentales con dos poderes de representación popular que tienen la dirección política de la sociedad y un tercer poder, el judicial, que no tiene la conducción política de la sociedad y que debe velar porque los mandatos normativos se cumplan por todos; ciudadanos, poderes y órganos del Estado. Para que todo ello resulte, parece ser indispensable que los jueces sean independientes (Bordalí Salamanca, 2008, p. 194-195).

Existe un amplio desarrollo doctrinario sobre la noción, definición y características respecto de la teoría de la separación de poderes; ello ha producido ideas centrales consolidadas que de manera genérica podemos acá establecer. La separación de poderes implica una situación de equilibrio en las funciones del gobierno, de los poderes legislativo y judicial de un Estado, pero también está relacionada con la división de funciones y distribución y organización del poder del Estado. Ello solo resulta factible y adecuado en un sistema de gobierno basado en la democracia. Se requiere sin embargo una limitante válida, ya que la existencia de varios e

independientes detentadores del poder u órganos estatales que ejercen algún tipo de poder estatal, hace necesario el sometimiento a un control y precisa de esa limitante, que es la Constitución. Además de ello, es preciso un correcto desempeño independiente del Poder Judicial, toda vez que será el Poder Judicial quien en definitiva establezca si se han respetado o no los límites correspondientes.

Ya de manera específica y a efectos de sintetizar, seguimos el trabajo de Ezquiaga Ganuzas (2013), trasladando sus principales ideas. Así, pese a que se pueda pensar o establecer lo contrario, el principio de la separación de poderes no implica una rígida separación entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial; debe entenderse más bien como una distribución ordenada de los mismos. Se requiere para ello al menos tres cosas:

...a) La creación constitucional de una serie de órganos en cada uno de los poderes. Por ejemplo, el Congreso como titular del Poder Legislativo, el Presidente de la República como el titular del Poder Ejecutivo, y los jueces y tribunales como titulares de la potestad de administrar justicia.

b) La atribución a cada uno de los poderes de un conjunto de competencias que configuran tres funciones diferentes: las denominadas función legislativa, función ejecutiva y función judicial (o jurisdiccional).

c) La ordenación de los tres poderes y el establecimiento de reglas de relación entre los mismos (p. 88).

Ese diseño clásico, implica sin embargo una prevalencia, del Poder Legislativo frente al ejecutivo y al judicial. Hay que tener en cuenta, no obstante, que en los sistemas democráticos la justicia se administra “en nombre del pueblo” o “emana del pueblo”, como establece el artículo 138 de la Constitución Política del Perú. Es así que bajo el diseño constitucional del Estado democrático de Derecho los órganos judiciales no son los únicos

sometidos a la ley, sino que todos los poderes públicos y todos los ciudadanos están sujetos a la misma; y más que ello están sometidos a la Constitución, incluso por encima de la ley.

Es en ese contexto, que la función judicial se constituye en la garante de ese respeto a la ley - y a la Constitución - por parte de todos. Ahora, la sujeción del juez, además de un deber dirigido específicamente a los órganos judiciales, puede ser considerada igualmente como un mecanismo de garantía también para los ciudadanos, los poderes públicos e, incluso, para los mismos jueces. Para los dos primeros, porque de la sujeción del juez a la ley depende la garantía de sus derechos y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus comportamientos, y para los jueces, porque refuerza su independencia (Ezquiaga Ganuzas, 2013, p. 89).

Complementamos al respecto, señalando que ya bajo el concepto del Estado Constitucional de Derecho, los jueces no pueden seguir apareciendo como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, es decir, como un poder neutro que simplemente aplica acríticamente las normas creadas por los órganos legislativos; teniendo hoy un poder discrecional para emitir sus decisiones en contexto con el respeto a los derechos fundamentales y bajo el manto de la Constitución. De allí, que si bien por el principio de separación de poderes, resulta válido el sistema de control o balance entre los poderes que garantice una mutua vigilancia entre ellos para impedir excesos en el ejercicio de sus respectivas funciones; la independencia judicial asume vital importancia.

Retornando a la división o separación de poderes, tenemos que tres son los clásicos Poderes del Estado: el Poder Legislativo cuya función principal es la elaboración de leyes y la fiscalización del gobierno; el Poder Ejecutivo, personalizado en el Presidente de la República, que con el apoyo del Consejo de Ministros se encargan del gobierno del país; y el Poder Judicial, encargado de administrar justicia, resolviendo litigios y sancionar los delitos en aplicación del Derecho, por ejemplo. Contemporáneamente, han surgido diversos órganos autónomos y especializados que también ejercen cuotas de poder político (Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Banco Central, Jurado Nacional de Elecciones, etcétera).

En nuestro caso, se tiene que la Constitución Política del Perú, establece la estructura de los poderes del Estado, sustentada en la soberanía popular y en la distribución de funciones entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial.

Lo dicho lo encontramos establecido en el Artículo 43 que establece:

...La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Desarrollando dicha división, la propia Constitución ha establecido y asignando funciones y a cada uno de tales poderes. Así:

...El Poder Legislativo reside en el Congreso, el cual consta de Cámara Única, (Artículo 90).

...Corresponde al Presidente de la República:... 2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.,... 3. Dirigir la política general del Gobierno.,... 8 ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones,...24. Ejercer las demás

funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan., (Artículo 118); y,

... La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (Artículo 138).

A continuación de modo genérico hablaremos de estos tres poderes según la estructura que la Constitución ha establecido, y, será más adelante, y porque así corresponde para este trabajo, que se ahonde en lo pertinente al Poder Judicial.

2.2.1. Poder Legislativo

Es el órgano del Estado encargado de dictar, modificar y derogar las leyes. También tiene atribuciones de fiscalización con respecto a las instituciones públicas y a los funcionarios que las ejercen a través de comisiones investigadoras.

El Congreso de la República es la expresión del poder legislativo. Está integrado por cámara única compuesta por 130 representantes, elegidos por cinco años mediante voto electoral directo, secreto y obligatorio. Los requisitos para ser congresistas, las funciones, atribuciones y otros se encuentran plasmados en la Constitución, artículos 90 a 102.

2.2.2. Poder Ejecutivo

Es el órgano autónomo encargado de hacer cumplir y ejecutar las leyes, así también es responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos que la colectividad necesita para su desarrollo y bienestar.

Está conformado por: el Presidente de la República, los vice presidentes y los ministros del Estado. El presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la Nación. Es elegido en sufragio directo por un periodo de cinco años.

Las atribuciones más importantes del Presidente de la República son:

- ...a) Cumplir y hacer cumplir la constitución, los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
- b) Representar al Estado, dentro y fuera de la república.
- c) Dirigir la política general de gobierno.
- d) Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.
- e) Convocar a elecciones.
- f) Conceder indultos y conmutar penas.
- g) Convocar al congreso a legislatura extraordinaria.
- h) Otros señalados en la Constitución.

La regulación de lo concerniente al Poder Ejecutivo la encontramos en los artículos 110 a 118 de la Constitución.

2.2.3. Poder Judicial

Es el poder del Estado, que tiene autonomía política, administrativa, económica, disciplinaria e independiente en lo jurisdiccional, encargado de administrar justicia conforme a la Constitución y a las Leyes.

Cuenta con principios y derechos de la función jurisdiccional reconocidos en la Constitución, donde se reconoce y establece la potestad de administrar justicia con exclusividad. Esto implica que

el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, es el único llamado a administrar justicia en todo el territorio nacional, con la excepción de la jurisdicción militar y arbitral, y el derecho consuetudinario.

Sus funciones, atribuciones y demás están estipulados en la Constitución, artículos 138 a 149. La Organización y Funciones del Poder Judicial las encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, también en la Ley de la Carrera Judicial.

Para los efectos de este trabajo, más adelante ampliaremos sobre este punto.

2.2.4. Interrelación entre los poderes del Estado

Conforme se ha visto, son diferentes las funciones que corresponden a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ello es necesario a efectos de lograr el equilibrio que requiere la vigencia del Estado Constitucional; sin embargo también existe una interrelación en tales funciones, que busca coadyuvar a dicha finalidad y es de suma importancia para su cabal funcionamiento.

Esa interrelación se sintetiza en que tanto el ejercicio del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo, así como del Poder Judicial implican simultáneamente la creación y la aplicación del Derecho, por lo que los tres poderes interpretan y están sometidos al deber de motivar y argumentar sus respectivas decisiones, cada uno a su manera, por supuesto.

Al respecto Ezquiaga Ganuzas (2013), en cuanto a la creación, aplicación e interpretación del Derecho nos refiere lo siguiente:

...Los tres poderes del Estado “crean” derecho.

Si por creación de Derecho se entiende que como resultado del ejercicio de las respectivas funciones se incorporan al sistema jurídico normas jurídicas nuevas, que no existían con anterioridad, puede considerarse que los tres poderes del Estado son creadores, aunque no de igual modo, ya que “el Derecho” o el material jurídico producido por cada uno de ellos es diferente.

El resultado de la producción legislativa son disposiciones normativas de rango legal (o incluso constitucional, cuando se activa el procedimiento de reforma constitucional), el resultado de la actividad normativa del poder ejecutivo son igualmente disposiciones normativas, aunque de rango reglamentario, mientras que el fruto de la función jurisdiccional son normas jurídicas (entendidas como el significado atribuido a las disposiciones legales o reglamentarias).

...Los tres poderes del Estado “aplican” Derecho:

Que el ejercicio de los poderes ejecutivo y judicial implica aplicación de Derecho, es una obviedad por formar parte de los contenidos característicos y tradicionales de las respectivas funciones reglamentaria y jurisdiccional. Sin embargo, el hecho de que la función legislativa implique igualmente la aplicación de normas jurídicas exige ser recordado. Desde el momento que los sistemas jurídicos están encabezados por Constituciones normativas (como la peruana), y dotadas de órganos de tipo jurisdiccional encargados de garantizar su primacía y de responder ante las vulneraciones que pudieran sufrir, incluso provenientes de los parlamentos (como es el caso del Tribunal Constitucional peruano), la actividad legislativa esta también sometida a límites constitucionales, y la validez de las normas jurídicas promulgadas supeditada a la no vulneración de estos.

Esos límites constitucionales son, al menos, de tres tipos.

1. En primer lugar, las normas constitucionales que establecen las consecuencias de los órganos legislativos y del ejecutivo, o incluso, en sistemas jurídico-políticos descentralizados, de los diferentes órganos de

tipo parlamentario infraestatales y de los respectivos ejecutivos.

2. En segundo lugar, las normas constitucionales (y los reglamentos parlamentarios de ellas derivados) que establecen los procedimientos legislativos, indicando desde las mayorías requeridas para la aprobación de cada categoría normativa, hasta los requisitos de publicación. De muchos de ellos depende la validez del producto normativo promulgado.
3. Por último, las normas constitucionales en su conjunto son un límite genérico para la actividad legislativa que no puede ser superado so pena de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional que conllevaría su nulidad y su expulsión del ordenamiento jurídico

...Los tres poderes del Estado “interpretan” Derecho

Si, como se acaba de indicar, las funciones legislativa, ejecutiva y judicial implican necesariamente la aplicación de normas constitucionales, legales y/o reglamentarias, es precisa la interpretación de las disposiciones constitucionales, legales y/o reglamentarias que las formulan, es decir, la determinación de su significado. Ello, obviamente en el campo que a cada uno le corresponde (pp. 90-95).

Pero la interrelación, también está referida al ámbito de motivación y argumentación de las decisiones que emiten. Así es claro que los tres poderes del Estado deben motivar sus decisiones, y, sobre ello se tiene dicho que:

...La relevancia de la motivación deriva, en buena medida, de su conexión con la necesaria interpretación de los textos constitucionales y legales para la promulgación de nuevas normas jurídicas, y con las inevitables valoraciones que acompañan a la actividad interpretativa. Dicho de otro modo, si la creación de normas jurídicas requiere la interpretación, y si en esta juegan un papel relevante los juicios de valor, el control democrático de cada uno de los tres poderes exige que estos expresen y justifiquen los motivos de las decisiones (legislativas, ejecutivas o judiciales) que adopten. Por otro lado,

tanto la actividad legislativa, como la ejecutiva pretenden ser actividades racionales. Ello requiere, por un lado, fijar los objetivos que se persiguen con la promulgación de normas jurídicas, y por otro, el deber de justificar que los medios normativos implementados son los más adecuados para alcanzarlos (Ezquiaga Ganuzas, 2013, p. 97).

Y más allá del deber de motivación, se requiere que en tal labor se expresen buenos y adecuados argumentos, actividad que también corresponde a los tres poderes del Estado, ya que:

...La necesidad de que los tres poderes ofrezcan buenos argumentos para justificar las decisiones que adopten es consecuencia del deber de motivación. Sin embargo, el tipo de argumento empleado por cada uno de los poderes no es idéntico, fundamentalmente por ser distintos los auditorios, por ejemplo, de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de un lado, y los del Poder Judicial, por otro. Puede adivinarse fácilmente que en la decisión legislativa los argumentos “políticos” o “económicos” son más frecuentes que en las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, las argumentaciones desarrolladas, no son mundos separados, sino estrechamente relacionados e interdependientes (Ezquiaga Ganuzas, 2013, p. 99).

De nuestra parte y en relación a lo señalado, debemos precisar en cuanto a la función creadora de Derecho por parte del Poder Judicial, que si bien en principio las decisiones judiciales establecen únicamente consecuencias jurídicas para el caso concreto resuelto en la sentencia; en otras ocasiones sin embargo, el sistema jurídico otorga a determinados tribunales la competencia de decidir con carácter vinculante el significado de las disposiciones normativas, es decir, de fijar la norma jurídica que formulan, lo que puede ser considerado una verdadera norma general. Esas facultades en el Derecho peruano están reconocidas

a los Jueces Supremos del Poder Judicial, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y diversas normas procesales.

Con ese entendido, resulta de importancia pues el cabal cumplimiento interrelacionado de las funciones de los tres poderes del Estado, sin embargo dado que el Poder Judicial puede controlar actos de los demás poderes, se requiere que los jueces actúen con la independencia judicial debida.

2.3. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El término “argumentación” hace referencia a la acción y el efecto de argumentar. Argumentar por su lado, significa dar razones que justifiquen un determinado enunciado. La argumentación así, implica una actividad, pero también el resultado de esa actividad.

Ahora bien, en cuanto al término argumentación, podemos encontrar numerosos significados según el campo de la ciencia de que se trate, sin embargo lo que a nosotros nos interesan es lo relacionado con la argumentación que tiene que ver con normas. Bajo este punto de vista, argumentar consiste en justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos. Se trata de decir por qué debemos (o no) comportarnos de cierto modo. En otras palabras, argumentar significa exponer las premisas, normativas o no, de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma (García Figueroa, 2003, p. 49).

Como se ha dicho, para los efectos de este trabajo nos resulta de importancia la argumentación jurídica. Al respecto Atienza, en relación al Derecho como argumentación, precisa que el Derecho es, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas y que en tal sentido existen tres enfoques que han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica. Así:

- a. Al primero de ellos se le puede llamar estructural y tiende a identificarse con el normativismo jurídico, ya que parte de la idea que el derecho se compone esencialmente de normas. Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico, y, como se ensamblan entre sí.
- b. El segundo enfoque, consiste en estudiar al Derecho desde un punto de vista funcional, esto es, para qué sirve cada uno de las partes del edificio y qué función cumple dicho edificio en el contexto en el que está inserto, es decir, la sociedad. Este enfoque se encuadra dentro de las corrientes realistas, sociológicas, "...que tienden a identificar el Derecho con la conducta (de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos), puesto que lo que importa para contestar a las anteriores cuestiones no es el Derecho formalmente válido (el Derecho de los libros), sino el Derecho en acción, el Derecho verdaderamente eficaz.
- c. En cuanto a la tercera perspectiva referida, se destaca la idealidad del Derecho, siendo que en lo que debe fijarse es no en el edificio ya construido, con los defectos que pueda presentar, sino en lo que tendría que ser un edificio modélico, esto es el Derecho justo. "Las mejores versiones del Derecho natural (las que no han consistido en una mistificación del Derecho positivo) pueden verse de esta manera: como una propuesta de lo que habría de entender por Derecho racional" (Atienza, 2013, p. 19).

Además este mismo autor, establece que el Derecho se puede ver desde otra perspectiva, estableciendo un cuarto enfoque, esto es, el Derecho como argumentación, señalando que si bien es distinto a los enfoques anteriores, en realidad no los excluye del todo, sino que las presupone, las unifica y las vuelve operativas. Respecto de este cuarto enfoque refiere:

...El Derecho no es, claro está, únicamente argumentación. Pero destacar este aspecto tiene particular importancia para dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y para suministrar a quienes operan dentro del Derecho, a los juristas prácticos, instrumentos que permitan guiar y dar sentido a su actividad. Pues el Derecho en todas sus instancias – legislativa, jurisdiccional, doctrinal, etc.-, puede considerarse como un entramado muy complejo de decisiones – vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos – y de argumentos, esto es, de razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones”. “Se puede decir entonces que la perspectiva que nos interesa aquí no es la de quien contempla un edificio o, mejor, una ciudad, desde fuera y se limita a describir sus calles, sus parques, sus construcciones. Tampoco la de quien pretende participar en su construcción y desarrollo simplemente como un técnico que se plantea de qué manera pueden satisfacerse ciertos objetivos que se suponen dados. Ni la del arquitecto que diseña los planos de un edificio y se desentiende de las cuestiones de detalle, de su ejecución. Sino la del que se siente comprometido con la tarea de mejorar el diseño y el desarrollo de una ciudad a partir de un modelo ideal que, sin embargo, sabe que tiene que ir adaptando continuamente a la realidad, o sea, esforzándose por construir la mejor ciudad posible a partir de las circunstancias dadas” (Atienza, 2013, pp. 19-20).

La argumentación en la práctica judicial adquiere relieve y trascendencia; ya que para orientar la solución del problema se revisa un marco teórico con el que se pretende sustentar la tesis según la cual la argumentación en las decisiones judiciales, más que la demostración, es la que permite asegurar que el papel del juez se desarrolle conforme a los postulados de los Estados constitucionales (Aguirre Román et al., 2009, p. 3).

En línea de la importancia de la argumentación jurídica se tiene que en los Derechos de los Estados democráticos contemporáneos, la referida dimensión argumentativa parece haber adquirido particular importancia; presentándose factores que han conllevado a que los juristas se preocupen más hoy por los aspectos argumentativos de su práctica que lo que hacían anteriormente.

Sintetizando los cinco factores sobre la importancia de la argumentación se tiene lo siguiente:

...1) Las teorías del Derecho más características del siglo XX han tendido, por diversas razones a descuidar esa dimensión del derecho;

2) la práctica del Derecho –especialmente en los derechos del Estado constitucional- parece consistir de manera relevante en argumentar, y las imágenes más populares del Derecho (por ejemplo el desarrollo de un juicio) tienden igualmente a que se destaque esa dimensión argumentativa;

3) Los cambios que se están produciendo en los sistemas jurídicos contemporáneos (sobre todo, la constitucionalización del Derecho) parecen llevar a un crecimiento, en términos cuantitativos y cualitativos, de la exigencia de fundamentación, de argumentación, de las decisiones de los órganos públicos;

4) Una enseñanza del Derecho más práctica tendría que estar volcada hacia el manejo –esencialmente argumentativo- del material jurídico y no tanto a conocer, simplemente, los contenidos de un sistema jurídico;

5) En la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia –sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría- exige ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común.” (Atienza, 2013, p. 21).

García Figueroa (2003), también reconoce la utilidad de la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ²), señalando que en realidad puede servir a la práctica en dos sentidos; por un lado como teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual. Allí, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. Por otro lado en cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad

² Forma en que este autor abrevia a Teoría de la Argumentación Jurídica en su obra.

decisoria, la dimensión práctica es algo más clara aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí solo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica (García Figueroa, 2003, p. 54).

Desarrollando lo dicho, el referido autor precisa lo siguiente:

...La TAJ como análisis conceptual de las prácticas argumentativas de los juristas puede ayudar a mejorar el conocimiento de la propia actividad por parte del jurista y el conocimiento de la propia actividad por parte del jurista y el conocimiento profundo de lo que uno hace normalmente resulta beneficioso, a pesar de que podría seguir con el desempeño de tal actividad ignorando sus mecanismos más profundos (GARCÍA FIGUEROA 2003, p.55).

En cuanto a la utilidad del aspecto prescriptivo de la teoría de la argumentación jurídica se señala que:

...Cuando la TAJ adopta una perspectiva prescriptiva, no se limita a describir y sistematizar como deciden los jueces, sino que nos dice como deberían decidir los jueces en los casos difíciles. Nuevamente, el aparato conceptual de la TAJ puede apartarse del que habitualmente utilizan los juristas, pero en todo caso, la TAJ prescriptiva adopta un punto de vista mucho más semejante al de los propios juristas, pues se trata en todo caso de resolver un problema práctico: qué se debe decidir en tal caso. Por eso, aquí la divergencia entre la práctica de los juristas y la TAJ tiene que ver

con el grado de abstracción que presentan las propuestas de la TAJ. La TAJ aconseja a los juristas que adopten en su toma de decisiones criterios consecuencialistas o de universalizabilidad, consideraciones de consistencia y coherencia, respecto del precedente, etc.". (GARCÍA FIGUEROA 2003, p. 58)

Concluye señalando que:

“En definitiva, la TAJ, en sentido descriptivo, puede ser beneficiosa para los juristas si bien no puede en ningún caso suplantar las disciplinas dogmáticas y las prácticas en que se ve inmerso e jurista en su quehacer diario y, por otra parte, la TAJ en sentido prescriptivo presenta un grado de abstracción muy elevado que en ningún caso puede eliminar el agónico momento de la decisión final del operador jurídico ante un caso real. Por tanto, los propósitos de la TAJ en relación con la práctica del Derecho no solo son imperialistas. En cierta forma son extremadamente modestos. En ningún caso la TAJ pretende (seguramente porque de pretenderlo tampoco podrían) suplantar a los juristas ni, por así decir, enmendarles la plana sistemáticamente. De lo que se trata más bien es de contribuir a impulsar el conocimiento de esta actividad, desvelar algunos presupuestos de la argumentación jurídica que puedan resultar revisables y proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad del sistema jurídico-político en el que se inserta la función jurisdiccional. La racionalidad en el discurso jurídico es objeto y presupuesto de la TAJ. Por eso,

cuando hablamos de TAJ es importante preguntarse sobre el papel de la racionalidad en el Derecho. (GARCÍA FIGUEROA 2003, pp. 59-60).

Vemos pues que resulta clara la importancia de la labor judicial dentro del Estado Constitucional de Derecho, y, dicha labor encuentra en la argumentación jurídica un instrumento válido que le sirve para cumplir cabalmente con el fin que allí le corresponde. Precisamente la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la conciencia del riesgo anti democrático al que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en las últimas décadas se viene presentando a los procesos argumentativos judiciales. Y que así es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobretudo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la "boca que pronuncia las palabras de la ley" sino el depositario de un poder que se ejerza con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, el fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporcionara inmunidad al juez; antes, al contrario, representa

un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa de la resolución o fallo. Este es el sentido de las teorías de la argumentación (Gascón Abellán, 2003, pp. 41-42).

Conforme a lo que se tiene señalado, queda claro que la argumentación en el Derecho, no solamente resulta útil y corresponde aplicarse en la actividad judicial o interpretación y aplicación del Derecho; resultando también de suma utilidad en las investigaciones jurídicas para que a través de las razones que se esgriman se justifique adecuadamente la aceptación de una u otra hipótesis o teoría y para explicar también de igual manera el por qué se arriba a determinadas conclusiones. En ese sentido es que hemos considerado esta teoría como parte de este trabajo, ya que a través de la argumentación se llegará a la validez de nuestras propuestas, y, por cuanto también es la argumentación en la práctica judicial la que se debe ejercer para posibilitar el apartamiento de los precedentes vinculantes, que es un tópico del presente trabajo.

2.4. FAMILIAS JURÍDICAS DEL *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*

El término “familia de derechos” o “familia jurídica”, tal como lo ha señalado David (1971), no corresponde a una realidad biológica, teniendo solamente un fin didáctico, para poner de relieve las similitudes existentes entre los diferentes derechos. (Citado en Iturralde Sesma, 1995, p. 13).

Si bien resulta más conocido el término sistemas jurídicos, lo cierto es que parece más adecuado referirse a familias jurídicas. Ello, por cuanto se

entiende como familia o tradición jurídica al conjunto de sistemas jurídicos internos de diferentes países que se pueden agrupar bajo una misma denominación, debido a que tienen un origen común y características similares. Ahora, los sistemas jurídicos agrupados dentro de una misma familia son relativamente similares, aunque la evolución histórica de cada país hace, como es lógico, que existan diferencias entre ellos.

En esa misma línea también se encuentra Rodríguez Santander (2007), quién además sustenta su posición manifestando que la expresión tradición jurídica, “alude a una suma de conductas por parte de los operadores del Derecho que se encuentran profundamente arraigadas en la historia y en la cultura jurídica de determinadas sociedades, y que, consecuentemente, condicionan la creación, comprensión y funcionamiento del sistema jurídico” (p. 19).

En efecto, el término tradición o familia jurídica corresponde a la manera en que el Derecho es o tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Pone al sistema jurídico en la perspectiva cultural (Iturralde Sesma, 1995, p. 13).

Ahora, se puede admitir pacíficamente que las familias jurídicas más representativas y conocidas son dos: 1) la Romano Germánico, conocida como “Derecho Continental” o del “*civil law*”; y, 2) la jurídico anglosajona, llamada “*common law*”. La denominación referida, se debe al espacio geográfico de los países que lo adoptan. Así el sistema anglosajón es el que se originó en Gran Bretaña; y, el continental al que se originó y

predomina en los países distintos a la isla británica, que como países más representativos tiene a Italia, Francia, Alemania y España. Otra característica que las diferencia se relaciona con las fuentes del Derecho, siendo que en el “*civil law*” la fuente principal es la ley; mientras que en el “derecho anglosajón” o “*common law*”, predomina la jurisprudencia.

En nuestro país predomina el derecho romano germánico, debido a que el mismo fue heredado de la conquistadora España; siendo que por diversas razones de tipo histórico, nuestro sistema jurídico actual pertenece a esta familia y de allí que conceptuemos vulgarmente nuestro Derecho como basado en las leyes (Rubio Correa, 2009, p. 114).

La distinción entre los sistemas jurídicos pertenecientes a las tradiciones del *common law* o *civil law*, puede establecerse considerando que el *common law* otorga preeminencia a la jurisprudencia, mientras que el *civil law* a la norma escrita como fuente del derecho, que deriva de función legislativa del Estado. En el *common law* además la norma se origina principalmente a través de la jurisprudencia o la decisión práctica de los jueces. Así, el juez al mismo tiempo que creador de derechos y/o identificador del mismo, constituye su aplicador. (Aguila Grados, 2017, p. 80).

Estableciendo las diferencias más representativas entre ambos modelos, se ha señalado que en un modelo jurídico clásico enraizado en el *civil law* o derecho romano-germánico, el Derecho es el producto de la norma legal legítimamente emanada del Poder Legislativo. Por su parte para el *common law* o derecho anglosajón el Derecho es creación básicamente del

quehacer judicial de las Cortes, a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido y, que vincula a los jueces en casos futuros idénticos —*stare decisis*—, llegando incluso a entenderse como un precedente judicial con efectos normativos —*erga omnes*— a partir de casos particulares. Dichas sentencias con carácter vinculante de naturaleza hermenéutica o normativa, pero de alcance general, se configuran como fuente del Derecho con diferentes grados de intensidad (Landa, 2010, pp. 212-213).

En relación al desarrollo histórico de ambas familias Grández Castro (2009), realiza un análisis comparativo, reconociendo los originales rasgos distintivos de cada corriente, a fin de determinar qué elementos han sido materia de una influencia recíproca. Dicho análisis lo consideramos adecuado, por lo que lo seguimos y trasladamos la síntesis respectiva. Así, en cuanto al período clásico, señala que:

...Durante más de cuatro siglos, el sistema del Common Law clásico se mantuvo operativo, el cual consistía en una estructura jerárquica judicial en donde, para unificar el Derecho, los jueces de escaños menores debían obedecer las reglas que los tribunales o las cortes superiores habían fijado en función a un caso en concreto. De esta manera, se buscaba contrarrestar el desorden y la inseguridad de un Derecho basado en las costumbres locales, dándoseles a los jueces, en función a su cargo, la responsabilidad de definirlo, aunque no de forma creativa, sino enunciativa de lo que se consideraba el derecho Natural (p.22).

Respecto del derecho norteamericano se precisa que:

...El Common Law de configuración norteamericana tiene matices distintos al de Inglaterra, en tanto su formación se asentó en un contexto peculiar. Luego de la desvinculación de la metrópoli con la Independencia de las Doce Colonias, la situación política, económica y social cambia drásticamente. En el Derecho Público,

la Constitución permitió conservar la autonomía de los Estados Federados y unirlos a un poder central a través de esta norma básica, cuya aplicación y desarrollo de los enunciados poco exhaustivos son encargados a los jueces. Así también, en las relaciones entre particulares, las diferencias eran notorias: la ausencia de una oligarquía, el vasto territorio por conquistar al lado oeste, la incipiente industria, entre otras circunstancias, daban a los jueces, llamados a resolver las controversias suscitadas en este nuevo ambiente, un desafío mayor que la simple aplicación de las normas del ordenamiento inglés, pues a través de una visión crítica en cada controversia, ponían constantemente a prueba al sistema jurídico (Grández Castro, 2009, pp.23-24).

Siguiendo con el desarrollo histórico se sostiene que:

...Al cabo de medio siglo, el Derecho se había configurado en función a los casos resueltos a nivel judicial. Se toma así al Derecho no como una entelequia que plasma valores de la sociedad, sino como un instrumento que está al servicio de ella. Es en este primer período en que se funda las bases pragmáticas que luego adquieren fundamento doctrinal, con el fin de derrotar al positivismo que si bien no caló tanto como en Inglaterra, adquirió importancia.

Posteriormente, se comienza una labor de sistematización de las reglas y principios configurados a nivel jurisprudencial, procurando la limitación de la discrecionalidad del juez. Mientras que en sus inicios, el Derecho se formó en función a la valoración del juez de la realidad del nuevo sistema, en esta segunda etapa se buscó evitar todo tipo de interferencias morales o políticas para garantizar la seguridad jurídica en torno a los parámetros de desarrollo obtenidos hasta ese momento (Grández Castro, 2009, pp.23-24).

Ya en el contexto del siglo XX, desde sus comienzos, se retorna a la postura pragmática-instrumentalista con una frontal crítica al positivismo, afirmándose que el Derecho no es un entramado perfecto de enunciados, sino que la evidente existencia de vacíos exige una configuración en función a los hechos concretos. Por ello es que:

...Se descarta además la coherencia del sistema de normas, en tanto que siempre que existe una controversia habrá una contraposición de principios. Esta posición apuesta por centrarse en la eficacia del Derecho, por lo que, en lugar de teorizar sobre

abstracciones, se analiza cómo es que el Derecho sirve para solucionar los conflictos. De lo que se desprende que los precedentes judiciales son utilizados en función a si efectivamente dan la mejor solución al caso; de lo contrario, a través de la argumentación y el uso de técnicas para discrepar del precedente este se puede dejar de aplicar. Por eso es que la flexibilidad es la característica distintiva en el *Common Law* estadounidense (Grández Castro, 2009, p. 24).

Con el desarrollo de la evolución del *Common Law* y en particular la práctica judicial del precedente en este contexto, es que el autor nos facilita una explicación del fenómeno de “jurisprudencialización” del Derecho en los países pertenecientes a la familia del *Civil Law* donde, como sabemos, ha tenido siempre mayor desarrollo la codificación. En efecto:

...La tradición del *Civil Law*, caracterizada por centrarse en brindar seguridad a través de la fijación de leyes generales y abstractas, cada vez se aproxima más al sistema del *Common Law*, debido al creciente protagonismo del juez, en la medida que cada vez son menos extrañas las sentencias que no solo vinculan a las partes, sino también a los poderes públicos o, en concreto, al juez que vaya a ver un caso similar al que motiva la fijación de precedentes. Este fenómeno se explica en la naturaleza misma del instrumento con el que trabaja. La ley, susceptible de diversas interpretaciones, puede ser aplicada en forma distinta, de acuerdo a las circunstancias que rodean al caso concreto. El problema que se suscita en este sistema es que la Corte suprema no conforma una jurisprudencia uniforme; porque, como consecuencia de buscar una mejor interpretación, cae constantemente en contradicciones (Grández Castro, 2009, p. 25).

Así, realizando ese análisis de encuentro e interrelación entre ambas tradiciones jurídicas, se puede observar una estrecha brecha entre el *Common* y el *Civil Law*, pues no existen diferencias sustanciales en el uso del precedente, ya que en ambas tradiciones, se recurre al precedente en la argumentación. Sin embargo:

... aunque en nuestro sistema es frecuente el uso de los precedentes con un tono analítico de su contenido, se sigue viendo en el *Civil Law* una aplicación acrítica de estos. No son utilizados como base de la argumentación, sino de complemento, como

argumento autoritativo. Como correlato de esto, el precedente es tal en tanto cumpla con formalidades previstas por ley. Resaltando esta anomalía Ugo MATTEI afirmaría que: “el *stare decisis* es ante todo un instrumento utilizado por los *Common Lawyers* para describir el propio sistema; es esta una regla cotidiana de trabajo para el juez del *Common Law*, que el colega romanista ciertamente no conoce. Ésta, aún colocada en un nivel descriptivo y no operativo, no carece de reflejos en este último plano: el juez, por formación cultural, se siente obligado a seguir el precedente. Ciertamente que allí donde la cultura del juez sea más crítica, éste se sentirá menos dispuesto a seguir una regla burocrática; de aquí la antinomia histórica entre regla del precedente y cultura jurídica universitaria (Grández Castro, 2009, p. 26).

La fuerza del precedente es otro indicador que distingue los sistemas adscritos a ambas familias jurídicas, siendo que en principio en el *common law* el vínculo o fuerza devienen en absoluto, mientras que en el *civil law*, en principio también, el vínculo es relativo gozando de un valor o eficacia persuasiva.

Conforme a lo que hemos venido señalando, el desarrollo histórico del Derecho y la conceptualización de los Estados contemporáneos nos enseñan que ya no existe una distinción polarizada entre el *common* y *civil law*, apareciendo más bien una conjunción de ambos sistemas y, ya no evidenciándose en puridad un solo sistema, “entran al intercambio cultural de una sociedad interconectada, generándose en todos los órdenes una suerte de “hibridación” de los sistemas jurídicos contemporáneos” (Grández Castro, 2009, p. 22).

Muestra de ello es que no son pocos los ordenamientos de tradición jurídica romano- germánica que consagran normas expresas en las que se regula la institución del precedente vinculante. Landa, además de precisar que ello ocurre en el Perú, también hace alusión al sistema español, alemán, mexicano, colombiano y brasilero, en cuyos casos a través de diferentes

mecanismos, se ha establecido que la jurisprudencia constitucional sea vinculante. Precisa por ello, que desde entonces se ha consagrado un sistema de precedentes constitucionales de obligatorio cumplimiento para el Poder Judicial, la administración, el Parlamento y los particulares. Agrega que por tanto, la figura del precedente vinculante no es ajena a todo ordenamiento de origen romano-germánico, «por el contrario, la regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental» (Landa, 2010, pp. 215-216)

En efecto, la evolución de ambas vertientes ha reducido significativamente sus diferencias, de forma tal que así como el *common law* convive con una importante participación de la ley, el *civil law* también ha cedido en concepción formalista y abstracta de la juridicidad, reconociendo el esencial rol de la jurisdicción en la creación del Derecho (Rodríguez Santander, 2007, p. 53).

Conforme a lo que venimos señalando, resulta claro que el ámbito del *civil law* se ha visto influenciado por el *common law*, ya que se permite la incorporación o creación de figuras jurídicas derivadas de la jurisprudencia. Tanto es así que incluso existe normatividad que permite considerarla como fuente del Derecho.

En efecto, en nuestro país existen normas que tanto al Tribunal Constitucional, como al Poder Judicial permiten el establecimiento de jurisprudencia con el carácter de vinculante u obligatoria, a la que incluso se le otorga fuerza normativa; hecho que es una muestra de la influencia o

adecuación de características del sistema anglosajón en nuestro sistema jurídico del *civil law*. Así, la jurisprudencia viene asumiendo un papel preponderante en los sistemas del *civil law*.

Ahora en nuestro sistema (*civil law*), se ha recepcionado adecuadamente el tema del precedente vinculante, sin que ello lo haya alterado de modo significativo. Incluso ha generado aspectos positivos como el de la predictibilidad de las decisiones judiciales, y, con ello seguridad jurídica. Sin embargo, como abordaremos oportunamente, conforme a la naturaleza del precedente –desde sus lugares de origen, especialmente en el sistema norteamericano –tiene grados de flexibilidad y no de rigidez absoluta, situación que en el presente trabajo consideramos también se debe presentar en nuestro sistema, ya que lo contrario afectaría la independencia judicial, la facultad creadora y desarrolladora del Derecho por parte de los jueces, y, la emisión de decisiones justas y constitucionales que éstos puedan emitir.

2.5 EL PODER JUDICIAL

2.5.1 Estructura orgánica del Poder Judicial

El Poder Judicial cuenta con una organización estructurada, con asignación de funciones específicas y diferenciadas en los diversos entes que lo conforman. Dicha estructura se encuentra establecida en las normas que lo regulan.

Se dice – con razón – que la función principal del Poder Judicial, es la juzgar y resolver conflictos como tercero independiente e

imparcial, en aplicación del Derecho. Para cumplir con su labor cuenta con una vasta y compleja estructura orgánica, que constituye todo un aparato burocrático, integrado por cientos y aun miles de personas (dependiendo del tamaño de la población del país), que cubre la totalidad del territorio nacional. El principal funcionario del Poder Judicial es el juez, quien es el titular de la función o potestad jurisdiccional, recibiendo el apoyo de un conjunto de auxiliares, tanto jurisdiccionales como administrativos (Siles Vallejos, 2011, p. 18).

En cuanto a la Organización del Poder Judicial en nuestro país tenemos que ella se encuentra establecida en el artículo 26 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia, es el más alto tribunal de justicia, denominado también Tribunal Supremo de Justicia, tiene su sede en la capital de la República, esto es, Lima y tiene competencia sobre todo el territorio nacional.

Las Cortes Superiores de Justicia, son órganos jurisdiccionales que administran justicia en segunda instancia y tienen como sede el Distrito Judicial donde se encuentran establecidas. Cuentan con salas especializadas o mixtas como: civiles, penales, laborales, constitucionales, contencioso administrativas.

Los Juzgados Especializados y Mixtos, son aquellas entidades que resuelven en primera instancia. En los lugares donde no hay juzgados especializados, el despacho es atendido por un juzgado

mixto, en cada provincia hay por lo menos un juzgado especializado o mixto, teniendo como sede la capital de la provincia y su competencia es provincial. En las provincias existen jueces especializados o mixtos, en materias como: civiles, penales, trabajo, de familia.

Los Juzgados de Paz Letrados, son instituciones judiciales que funcionan en lugares señalados por ley. En general tienen como función primordial la de conciliar a las partes en litigio y resuelven el conflicto mediante un procedimiento más expeditivo, en materias civiles, penales y laborales.

Los Juzgados de Paz, son órganos de menor jerarquía. Los jueces de paz, anteriormente conocidos como jueces de paz no letrados, son personas que se desempeñan en el cargo por elección popular y resuelven según su leal saber y entender, desarrollan actividades jurisdiccionales en asuntos de mínima cuantía. En cada centro poblado según su volumen demográfico rural y urbano debe establecerse un juzgado de paz. La función principal del juez de paz radica en la búsqueda de la conciliación, proponiendo alternativas de solución.

Ahora, dentro de la referida estructura del Poder Judicial se presentan algunos elementos que la caracterizan. Así, los tribunales superiores generalmente son órganos colegiados, es decir, integrados por varios jueces, lo que permite inferir que la expedición de una sentencia de revisión se da con mayores

garantías de acierto y de seguridad jurídica. Por otro lado existe la división de las labores en base a un criterio de especialización, existiendo por ello diversas salas y juzgados, por ejemplo Constitucionales, Civiles, Penales, Laborales, Contencioso-Administrativos, etc. Existe también una división territorial, por la que el Poder Judicial se organiza en circunscripciones limitadas, las cuales pueden coincidir con la delimitación departamental o regional que corresponde a la circunscripción territorial político-administrativo del país; sin embargo la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal tiene competencia a nivel nacional, por lo que puede resolver litigios procedentes de cualquier lugar del país.

La organización jerárquica señalada se debe a razones funcionales, habiendo sido adoptada - por ejemplo - para que los procesos que se inicien a determinado nivel (ante un Juzgado de primera instancia, especializado en materia civil o penal), puedan ser objeto de un recurso de apelación por parte del litigante disconforme con el primer fallo emitido; así, el caso podrá ser nuevamente examinado y decidido por un órgano jurisdiccional superior (por una Sala Civil o Penal de la Corte Superior o Tribunal de apelación). En algunos supuestos incluso, a través del Recurso de Casación se podrá lograr un pronunciamiento de parte de la Corte Suprema de Justicia de la República (Siles Vallejos, 2011, p. 18).

Si bien existe una estructura jerárquica y burocrática en el Poder Judicial, ello en efecto es por cuestiones funcionales. Sin embargo, para que se desarrolle cabalmente este Poder del Estado y así cumplir su cometido se requiere de un Poder Judicial independiente, en la que el juez debe ser ajeno a cualquier tipo de influencias de las “jerarquías superiores”, pero también de cualquier índole o ente, sea que provengan de la sociedad civil y de la política. Los jueces solamente se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley.

2.5.2 Importancia del Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho

La labor del Poder Judicial es trascendente para el funcionamiento adecuado de un Estado Constitucional de Derecho; siendo el principio de independencia judicial el instrumento que debe conllevar a ello.

Uno de los rasgos que mejor definen al Estado Constitucional de Derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (e incluso por encima) de la ley, que conlleva a establecer la eficacia de los derechos en la medida y términos establecidos en la Constitución y ya no solo en la ley. La cuestión polémica se presenta en cuanto se debe establecer a quién corresponde determinar cuál es ese alcance o contenido de los derechos. Esa labor, está encomendada al Poder Judicial, ya que

en el Estado Constitucional de Derecho el nuevo papel que el juez asume, se conecta con la cultura de los derechos frente al poder, que la denominan garantismo (Gascón Abellán, 2003, pp. 23-26).

Es de suma importancia pues la labor del Poder Judicial, y contar con jueces independientes. Para ello el constitucionalismo moderno establece como uno de sus postulados fundamentales - que es útil para la colectividad y necesario para la garantía de la libertad de cada uno - que la magistratura sea puesta en condiciones de ejercitar su función de manera autónoma e independiente de todo otro poder; en esto radica lo esencial. Y esa autonomía debe buscarse respecto de quien detenta el poder político, con especial consideración del ejecutivo (Bordalí Salamanca, 2008, p. 196).

Siles Vallejos (2011), en su trabajo sobre la independencia judicial reconoce debidamente la importancia de la labor judicial, señalando que el Poder Judicial está llamado a desempeñar un rol crucial en el marco del Estado constitucional y democrático de Derecho. Para ello los jueces cuentan y desempeñan una diversidad de funciones. Así, en cuanto a la función de control a los demás poderes y organismos estatales:

...En primer lugar, los jueces deben controlar el ejercicio del poder encomendado a las demás ramas, niveles y órganos del gobierno: Ejecutivo y Legislativo, gobiernos locales, órganos autónomos. Cualquier abuso contra la Constitución, las leyes o los derechos que cometan las autoridades del Gobierno o la Administración debe, en definitiva, poder ser reparado (y, eventualmente, también sancionado) por los jueces. Como es de imaginar, esta función de control del

poder (una modalidad de rendición de cuentas o «*accountability*») es muy importante y delicada. Por ello, se exige que los jueces sean independientes e imparciales, a fin de que puedan enfrentar y controlar a los poderes políticos en óptimas condiciones (p. 8).

Sobre el control y efectividad de la Constitución y las leyes:

...En segundo lugar, la judicatura tiene a su cargo la función de controlar y hacer efectivas la Constitución y las leyes. Las transgresiones del texto constitucional y de la legislación ordinaria pueden ser reclamadas, en último término, ante los tribunales de justicia, los que tienen encomendada la labor de restablecer la integridad de la Constitución y la legalidad (SILES VALLEJOS, 2011, p. 8).

También en relación a la democracia los jueces cumplen una importante función. Así:

...En tercer lugar, los jueces son asimismo los garantes últimos de la democracia, en tanto son ellos quienes deben brindar protección a las minorías y grupos en situación de desventaja social o víctimas de discriminación. Y es que, si la democracia es el gobierno de todos y si todas las personas tienen derecho a participar en la toma de decisiones, entonces no es admisible la marginación, subordinación o exclusión de determinados grupos sociales. La democracia no autoriza a ninguna mayoría, ni siquiera a la unanimidad de los miembros del Parlamento, a avasallar los derechos de las minorías sociales, sean éstas políticas o ideológicas, lingüísticas o culturales, étnicas, sexuales o de cualquier otro tipo. Por el contrario, la democracia exige que, junto al respeto del principio de mayoría, haya de haber un cabal respeto hacia todos los grupos minoritarios. Si un sector del país pretendiera el avasallamiento de los derechos de alguna minoría, los ciudadanos afectados tendrían el derecho de acudir ante los tribunales de justicia en demanda de protección (SILES VALLEJOS, 2011, p. 9).

Obviamente también se reconoce la función o labor más conocida de los jueces, respecto de la tutela de derechos y solución de conflictos sometidos a su conocimiento. En ese sentido se establece:

...En cuarto lugar, el Poder Judicial debe cumplir el rol de tutelar los derechos fundamentales de todas las personas. Si

la democracia reclama de la judicatura una actividad de protección especial de las minorías frente a la eventual opresión de la mayoría, el Estado Constitucional de Derecho exige que los derechos humanos de todas las personas — que, al ser recogidos en la Constitución, tienen máximo rango jurídico— sean amparados por los jueces frente a cualquier atropello o conculcación.

...En quinto lugar, los jueces deben resolver los litigios ordinarios que surgen inevitablemente como consecuencia de la vida social. Así, en cuanto titulares de la «potestad jurisdiccional», los jueces son los encargados de ejercer jurisdicción, esto es, de «decir derecho» o declararlo en el caso concreto. Por lo tanto, los jueces resuelven las controversias relevantes que, por una u otra razón, enfrentan a los ciudadanos, determinando cuál de las partes del pleito tiene la razón de acuerdo al ordenamiento jurídico o Derecho del país (Siles Vallejos, 2011, pp. p-10).

Ejemplificando con casos concretos y específicos que son sometidos a la jurisdicción de los jueces se puede apreciar la importancia del rol del Poder Judicial en el marco del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Así pueden por ejemplo:

- 1) Juzgar y declarar si una ley colisiona con la Constitución, supuesto en el que debe anular o invalidar dicha ley, retirándola del ordenamiento jurídico, con efectos generales (efectos «erga omnes»). Esta actuación judicial se produce en el marco del denominado «proceso de inconstitucionalidad de las leyes» y da lugar a la expedición de sentencias anulatorias de las leyes que contradigan la Carta Fundamental del país. De esta manera, la judicatura puede «enmendar la plana» del Congreso y de otros poderes públicos, asegurando la integridad y supremacía de la Constitución. Se debe precisar que en el Perú la Acción o Proceso de Inconstitucionalidad no resulta ser facultad de los Jueces del

Poder Judicial, sino lo es exclusivamente del Tribunal Constitucional; sin embargo los Jueces del Poder Judicial, también pueden realizar análisis similar en caso de acción popular que procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, que infrinjan la Constitución y la Ley; 2) Juzgar y determinar si una ley es violatoria del texto constitucional en un proceso judicial ordinario, declarando su inaplicación al caso concreto, con efectos particulares (efectos «inter partes », es decir, entre las partes de un litigio, y no más allá de tal litigio). El ejercicio de esta función —a la que se conoce con el nombre de «control difuso de constitucionalidad», ya que todos los jueces, y no sólo un determinado órgano jurisdiccional, poseen esta facultad— se realiza en los procesos judiciales ordinarios (por ejemplo, los juicios civiles, penales, laborales o de familia) y significa que el juez hará prevalecer la aplicación de las normas constitucionales y dejará de lado (no aplicará) las leyes inconstitucionales, para la resolución del caso; 3) Juzgar y determinar si una autoridad o gobernante ha cometido un delito o incurrido en un acto de corrupción, supuesto en el que debe imponer la sanción correspondiente; 4) Juzgar y determinar si una autoridad o gobernante ha cometido una violación a los derechos humanos, supuesto en el que debe imponer la sanción correspondiente; 5) Juzgar y sancionar casos de narcotráfico y otras formas de crimen organizado; 6) Juzgar y sancionar delitos comunes graves (homicidio y asesinato, robo con violencia,

secuestro, etcétera); 7) Juzgar casos de delincuencia juvenil (pandillaje y otras formas) y disponer las correspondientes medidas de protección y prevención; 8) Juzgar y decidir a quién asiste el Derecho en controversias patrimoniales (litigios sobre cumplimiento de contratos o derechos de propiedad, etcétera); 9) Juzgar y decidir controversias en que algún ciudadano reclama por una deficiente provisión de servicios públicos (suministro de agua, energía, telefonía); 10) Juzgar y decidir litigios en que determinadas poblaciones o grupos reclaman por la violación del derecho a un medio ambiente sano o a los derechos de poblaciones indígenas u originarias, frente a grandes empresas o inversionistas (en particular, conflictos por inversión en minería, hidrocarburos, etcétera); 11) Juzgar y decidir controversias sobre derechos económicos, sociales y culturales (derechos a la salud, a la educación, a la seguridad social, derechos laborales, etcétera) (Siles Vallejos, 2011, pp. 9-12).

Conforme a lo señalado, es evidente la importancia del Poder Judicial ya que con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional se pueden garantizar los principios que inspiran al Estado Constitucional de Derecho; resultando indispensable pues la función judicial para el control de los demás poderes del Estado, la corrección en el ejercicio de la función pública, el respeto de los derechos fundamentales en clave constitucional, la solución de conflictos entre particulares; y, todas las situaciones que se puedan presentar para que como órgano imparcial y ajeno a cualquier

influencia pueda dirimir en contexto con la ley y la Constitución. De allí la necesidad de que los jueces cuenten legitimidad y respetabilidad especiales, capaces de actuar con independencia y transparencia; esto es, sin estar sometido a presiones indebidas de ningún tipo ni origen, y con honestidad y apertura al escrutinio público. Así pues para cumplir ese importante rol del Poder Judicial en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, se requerirá que sus jueces actúen bajo ese contexto y en clave de dicho modelo.

2.5.3 El Juez del Estado de Derecho

Una de las características del Estado de Derecho es la primacía de la ley, y en ese contexto la labor del juez se centraba en simplemente aplicar la ley. No se reconocía al juez ninguna facultad discrecional, ni de interpretación.

En el Estado de Derecho el juez tiene un poder limitado y controlado, está sujeto a la ley. La sujeción al principio de legalidad se justificaba en el entendido que con ello se iba a preservar la seguridad jurídica. La noción de la actividad del juez a partir de ello, se basa en fundamentar la decisión judicial utilizando los modelos demostrativos del silogismo, con los que se presume la posibilidad de acceder al discurso jurídico y a las normas a través de la mera interpretación literal de las palabras. Se entiende que dado el carácter completo del Derecho, no hay lugar para la

discrecionalidad judicial, ya que las decisiones judiciales están previamente determinadas por las normas que integran el ordenamiento jurídico; se ha señalado por ello, que los jueces aplican sólo el Derecho que encuentran ya hecho, y no crean nada nuevo (Aguirre Román et al., 2009, pp. 15-16).

En efecto, bajo este modelo y dado que el juez estaba vinculado a la ley y subordinado al legislador, tenía solamente una legitimidad técnica o de oficio, cuya actuación resultaba aceptable en cuanto podía verse reflejada como la exacta aplicación de la ley. Se trataba pues de un juez neutral, sin ideología, aséptico, apolítico. Un juez sin sentimientos y sin pasiones, cuyo objetivo fundamental era garantizar la legalidad (Gascón Abellán, 2003, pp. 18-19).

Si bien el modelo del Estado de Derecho se regía por el postulado de la supremacía de la ley, con lo que se pretendía otorgar seguridad jurídica; lo cierto es que en teoría también regía el principio de independencia judicial. Sin embargo, ese principio no resultaba efectivo ya que por un lado la labor judicial estaba sometida en un inicio al poder soberano, y luego a los otros poderes del Estado; esto es el Ejecutivo y el Legislativo. Con razón se ha dicho que bajo este modelo en relación a los Jueces se tenía la lógica de un sujeto dependiente en sus facultades a la voluntad del legislador, verificada en la mera aplicación de la ley. Tanto ha sido así, que se había llegado a señalar – por influencia de Montesquieu – que el juez estaba representado como “la boca de la ley”. La

función judicial estaba relacionada con la labor de “decidir” con arreglo al derecho, a la ley, al código. Así, el juez solo puede aplicar la ley, porque ella es expresión de la soberanía, y, no requiere interpretar su sentido más allá de lo que la ley dice. La función de juzgar se describía como un poder “nulo” (Gonzales Mantilla, 2009, p. 56).

De lo que hemos señalado, claramente se desprende que conforme a los conceptos y fundamentos del Estado de Derecho la función del juez era limitada, ya que además de estar sujeta a las influencias del monarca y luego sometida a los poderes Ejecutivo y Legislativo; no tenía ninguna potestad discrecional, ni capacidad interpretativa. Su función estaba limitada a la simple declaración del derecho, y, su aplicación estaba reducida al mecanismo del silogismo lógico de subsunción, sin más.

Ese razonamiento hoy no puede sostenerse, ya que - sin duda - la actividad de juez no puede ser únicamente una labor de aplicación por subsunción de la norma, requiriéndose una debida interpretación judicial, que incluso más allá de la propia, se debe resolver en protección de derechos fundamentales y otros intereses que vayan en clave constitucional.

En esa misma línea Gonzales Mantilla (2009), refiere que por razones fácticas y también jurídicas, la ley ya no es garantía de estabilidad, es más bien instrumento y causa de lo contrario; ya que por la variedad de intereses y coaliciones se eleva la intensidad y

cantidad de intervenciones legislativas. Por otro lado el pluralismo social y político que se manifiesta en las leyes, es también la causa de una multiplicidad de fuentes, que no siempre conviven en forma pacífica con el ordenamiento estatal; sino que compiten entre sí, pues el propio criterio de jerarquía que las regía en el Estado de Derecho ha empezado a ser relativizado. Es así, que la función judicial adquiere un significado vital. Se observa una tendencia judicial que busca dejar de lado la idea de la pura aplicación del derecho, para crear el contenido normativo de las disposiciones legislativas, cuyo grado de abstracción es cada vez más débil (p. 63).

Estamos convencidos que el hecho que los jueces ejerzan su función aplicando la ley solamente en el sentido expreso de la misma, obviamente constituye una limitación a la función que hoy se conoce. Bajos los cánones del modelo del Estado de Derecho, los jueces no podrían interpretar, o resolver de acuerdo a lo que podía considerarse lo más adecuado o justo, ni bajo el respeto de los derechos fundamentales. De seguir validando eso, existiría un poder nulo en la función judicial, y, el juez seguiría siendo “la boca de la ley”.

Dicha situación y los supuestos respecto de la función de los jueces que se presentaban dentro del Estado de Derecho, constituye una etapa ya superada. En la actualidad sin embargo, y en lo que atañe al presente trabajo, se tiene que de haber pasado de la etapa del

“juez como boca de la ley”, hoy se tiene a los jueces como “la boca de los precedentes vinculantes”; ello por la rígida aplicación de los mismos sin más, y la imposibilidad de apartamiento o desvinculación judicial.

2.5.4 El Juez del Estado Constitucional

La superación del Estado de Derecho y la imposición del Estado Constitucional de Derecho como un sistema más adecuado para el desarrollo democrático y protección de los derechos fundamentales, necesariamente revaloran y hacen importante la función y labor de los jueces.

Son las características del Estado Constitucional de Derecho las que reivindican la importancia de la función judicial. En efecto, en los Estados Constitucionales, a diferencia de los Estados de Derecho (en los que existía una identificación exclusiva con el principio de legalidad), coexisten otros principios que hacen que el juez no solo esté sujeto a la ley, sino que lo esté primordialmente sujeto a la Constitución. En ese contexto, es la necesidad imperante de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con el texto constitucional, lo que hace que los jueces tengan un papel más activo (Aguirre Román et al., 2009, p. 18).

En el modelo del Estado Constitucional no es que los jueces dejen de estar sujetos a la ley, pues lo siguen estando, sin embargo esa sujeción se da bajo el límite de la Constitución. Ello es así porque el Estado Constitucional supone que todos los sujetos del

ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentran sometidos a la Constitución. La misión de los jueces, por ello, estará signada por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político representativas y las eventuales mayorías que las controlan. Los jueces tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución, aún en detrimento de la ley; y más aún, tienen la posibilidad de desarrollar las concepciones que orientan las bases del sistema legal, gracias al carácter normativo de la propia Constitución, que los obliga a interpretarla en los casos concretos, sea a través del control de la constitucionalidad, siempre más determinante en el contexto de las democracias contemporáneas, o bien de la actuación cotidiana de los principios constitucionales (Gonzales Mantilla, 2009, pp. 84-85).

En efecto, en el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley, pero también a la Constitución y esa doble vinculación significa que el juez sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de modo que realizando un previo juicio de constitucionalidad, solo aplica la ley de la que se desprende una interpretación conforme a la Constitución. En caso contrario no está obligado a aplicar o seguir una ley que no se ajuste a ello. Es por ello que pueden darse supuestos que en la resolución de algún caso concreto terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador (Gascón Abellán, 2003, pp. 24-26).

Como ya habíamos visto, en el Estado Constitucional de Derecho prima la Constitución; sin embargo para garantizar ello se requiere que el Poder Judicial actúe en línea de defensa constitucional. Se dice sobre ello que el constitucionalismo reivindica la obra de los jueces, ya que:

...Fiel a su origen norteamericano, el constitucionalismo de los derechos reclama como aliado natural la presencia de una judicatura que no sea servil a la legislación sino que, por el contrario, esté atenta a sus excesos y las sepa controlar. Así como el Estado de Derecho parlamentario enarboló a su máximo nivel la obra del legislador, el Estado Constitucional parece reivindicar un sitio privilegiado para los jueces ante la razonable desconfianza en las mayorías. El Derecho del Estado Constitucional debe ser valorado ya no solo como obra exclusiva del legislador, en la medida que no puede completarse más como un fenómeno de imposición vertical desde el Estado hacia los ciudadanos. Hoy, cada vez es más frecuente que los procesos de creación normativa, deban pasar por el filtro judicial, convirtiendo a los jueces en intermediarios de un diálogo abierto en el seno de la sociedad plural y permitiendo que la creación de normas se convierta en una forma de comprensión de la realidad y del Estado...El verdadero poder normativo de la sociedad no está en el que escribe la ley, sino en quien tiene competencias para descifrar los textos, esto es, en quien tiene capacidad y competencias para decodificar y construir los significados (Grández Castro, 2010, pp. 39-42).

La importancia de la labor judicial en el contexto del Estado Constitucional es tal que incluso se lo ha llegado a definir como Estado de la jurisdicción. Esto debido a las funciones de protección a los derechos fundamentales y a la concepción que se tiene sobre el Derecho. Así, se tiene que el Derecho ya no es un fenómeno de arriba hacia abajo, monolítico y puramente estatal, sino que se ha vuelto en algún sentido, diálogo horizontal, una forma de comprensión de la realidad y del Estado. Los problemas centrales

de la actividad jurídica hoy están relacionados con la racionalidad de su aplicación práctica; de modo que el centro de gravedad del Derecho se traslada así del texto a su valoración, del enunciado a la norma concretizada por el intérprete. “En síntesis, y para decirlo con las palabras de Bobbio, el problema central del Derecho actual es el problema de su interpretación” (Grández Castro, 2007, pp. 79-80).

La labor de interpretación y de asignación de significados a la ley le corresponde al juez, sin embargo ello no puede quedar a su libre albedrío, el juez no puede otorgar cualquier significado, aquel que simplemente se le ocurra. Eso sería arbitrariedad, lo que obviamente tampoco es correcto. En su labor, los jueces siguen sujetos a la ley, pero existe una sujeción mayor a la Constitución, la cual no pueden ignorar. En cambio una ley sí se puede dejar de aplicar si resultase contraria a la Constitución.

En esa labor los jueces tienen en cuenta y aplican otros principios, en aras de decisiones en justicia; que como se ha dicho se debe hacer incluso abandonando la norma, integrando en su labor el cumplimiento y/o respeto de otros principios rectores del Estado como el pluralismo, la libertad, la igualdad, entre otros.

Ahora, el juez en los Estados Constitucionales se encuentra en la obligación de legitimar sus decisiones, y desde allí coadyuva con la legitimidad del Derecho. Las decisiones judiciales además de ser decisiones válidas, es decir, decisiones consistentes conforme a

las reglas válidas, deben ser también legítimas; esto es, razonablemente aceptadas por las personas a las que se dirigen. Esa validación y justificación de sus decisiones se da de tal forma que persuade al auditorio al que se dirige, pues no es suficiente que demuestre que las decisiones que toma integran las reglas del sistema jurídico (seguridad jurídica), sino que, además, debe justificar que dichas decisiones corresponden con un sistema que prioriza el alcance de decisiones justas (Aguirre Román et al., 2009, p. 22).

Las decisiones correctas y justas que se requieren de los jueces, les imponen una carga argumentativa en las mismas. Es pues la argumentación el mecanismo para cumplir con ello, que se expresa a través de la jurisprudencia. Aragón (1997) señala que; "...los derechos valen hoy independientemente de la ley. Para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa de la *iuris prudentia* capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad" (Citado en Aguirre Román et al., 2009, p. 20).

Se reconoce así el valor de la jurisprudencia, ya que la misma racionaliza el Derecho, resultando trascendente también la incorporación de la técnica del precedente. En efecto,

"Si los jueces participan hoy en día de una manera sustancial en la elaboración de las piezas centrales del derecho de tiempos de constitucionalismo, el producto de tales aportes no es otro que su doctrina jurisprudencial, experiencia genuina

extraída de la confrontación constante entre decisión política expresada a través de la ley y demandas concretas planteados por el ciudadano ante la jurisdicción” (Grández Castro, 2007, p. 81).

La función judicial es pues primordial en el Estado Constitucional de Derecho, y si bajo este modelo cualquier decisión, provenga de donde provenga, debe encontrarse en respeto a la Constitución; la jurisprudencia y los precedentes que se emitan deben siempre tender a ello, y, de ser el caso corregir las decisiones que puedan resultar injustas o que no encajen en los cánones del Estado Constitucional. Esa corrección incluso debe darse – en cuanto corresponda – respecto de los precedentes vinculantes, si con ello se garantizan la protección de los derechos fundamentales y decisiones en justicia, como aspectos generales.

2.5.5 El juez del Estado Constitucional, ya no es un Juez automático

Ha quedado claro que la función judicial es de suma importancia para el sostenimiento del Estado Constitucional de Derecho. Para ello las decisiones jurisdiccionales se deben ajustar al respeto y prevalencia de los derechos humanos, en respeto también de los principios de justicia, igualdad, entre otros. En ese contexto es que los jueces deben estar en la capacidad de ser jueces críticos y con suficiente grado de discrecionalidad que les permita – cuando su razón y criterio lo aconsejen – modificar criterios errados y que se hayan impuesto desde cualquier instancia. En ese contexto los jueces no son más jueces automátatas, o meros aplicadores, sea de

la ley, o de los criterios vinculantes emitidos por los tribunales constitucionales o supremos.

La concepción de un juez autómatas es la que derivó del formalismo jurídico europeo del siglo XIX, que entendía la función judicial como puramente mecánica o silogística. Era propia del Estado de Derecho, en su característica de absoluta sujeción a la ley. Tal vez nadie lo describió mejor que Montesquieu: los jueces son “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor”. La función mecánica o silogística del juez, como juez autómatas también se desprende de Beccaria quién señalaba “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena” (Gascón Abellán, 2003, pp. 102-103).

Bajo esas consideraciones en efecto se tenía al juez como una figura autómatas y su función consistía nada más en aplicar un silogismo siguiendo la ley. Buen juez era quien aplicaba la ley tal cual, sin mayor análisis, ni seguimiento de sus intereses o posiciones subjetivas.

Ante la tesis formalista, se postuló el modelo subjetivista del juez, que en su postura más extrema establecía que la interpretación está teñida de valoraciones o de subjetividad, o fuertemente influida por posiciones ideológicas o políticas. No es la razón jurídica la que

está detrás de la decisión, sino las pasiones del juez (Gascón Abellán, 2003, p. 109).

Dichas posturas, evidentemente no pueden sostenerse, y, es así que no se puede avalar una concepción mecánica o automática, ni tampoco que las decisiones se basen en las pasiones o posturas subjetivas del juez. Entonces una postura discrecional, pero racional justifica hoy una adecuada función judicial. Así las decisiones no tendrán que ser más una mecánica aplicación de la ley, ni basada en las pasiones del juez; sino deben estar dotadas de la racionalidad respectiva, que obliga a la argumentación y fundamentación necesarias, en línea de respeto a los derechos fundamentales y supremacía constitucional. Actualmente entonces se ha superado la concepción de juez automático, o juez arbitrario.

En efecto ello ya ha sido superado. Al respecto y como lo señala Gascón Abellán (2003), es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobretudo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerza con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su

principal fuente de legitimidad; debe acreditar, el fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario (pp. 41-42).

Superada la concepción de juez autómatas como mero aplicador de la ley, o como “la boca de la ley”; no puede admitirse que sea hoy “la boca del precedente”, situación que se efectivizaría si es que no se le reconoce al juez su capacidad discrecional y aplicación de la racionalidad, como para cuestionar si los precedentes son válidos o no para aplicarse en casos concretos que tenga que resolver. Entonces se impone la facultad crítica y racional de los jueces frente a los precedentes, y por ende la posibilidad de desvincularse o apartarse de los mismos de manera justificada.

2.5.6 El control difuso como facultad de los jueces

Los jueces son quienes representan al Poder Judicial, y, como sus funcionarios más importantes están dotados de facultades o poderes en base a los que deben desarrollar sus actividades y, así asumir el rol dentro del Estado Constitucional que les corresponde y que ya hemos señalado.

Los jueces tienen sobre sus espaldas la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales. Para ello el Estado Constitucional de Derecho, le otorga facultades o poderes discrecionales. Las mayores posibilidades de actuar discrecionalmente que se le han otorgado al juez, tienen como

finalidad evitar, por ejemplo, una ley procesal mezquina (cuando su aplicación sea puro ritualismo), o para interpretar las normas sustanciales dándoles el sentido de justicia que al dictar sentencia exprese. Ello, no significa alentar que la propia función jurisdiccional sea hecha *ex lege* o *contra lege*; todo lo contrario, se trata solamente de fomentar un sentido donde coincida la seguridad y la justicia (Gozaini, 2004, pp. 309-310).

La actividad judicial se encuentra entonces en línea de defensa de la Constitución, el respeto a los derechos fundamentales y la justicia. Tal es la importancia y el poder del juez que como dice Ruiz Pérez:

...El epicentro de la administración de justicia, su verdadero protagonista, es el juez. Por la extensión e importancia de sus funciones, constituye la figura clave dentro de la maquinaria judicial. Su condición de jurista y de dispensador de justicia permite la ordenación equitativa de la convivencia. Por esta razón, la constante sociológica del juez es la de ser un factor de equilibrio en la comunidad en que vive; promueve la lucha contra la desarmonía y la justicia e impone un orden dinámico para la pervivencia del Derecho, como medio de instaurar la justicia, con lo que puede garantizarse a cada uno lo que de cada uno es (Citado en Gozaini, 2004, p. 310).

El juez se convierte en garante de la Constitución y de los derechos fundamentales. En ese contexto; el juzgamiento de la constitucionalidad del Derecho, a partir de la supremacía constitucional, es lo que hace que los jueces tengan el poder que hoy ostentan en todas las latitudes donde la Constitución se impone como parámetro de validez de todo el Derecho. Por eso es que:

...en el actual constitucionalismo, los jueces reivindican el nivel máximo de exigencias de racionalidad en el

sometimiento del poder al Derecho, convirtiéndose, al mismo tiempo, en garantes de un espacio irreductible, propio también del Estado Constitucional: El neo constitucionalismo se legitima y legitima también la actuación de los jueces a partir de la defensa de los derechos fundamentales (Grández Castro, 2010, p. 35).

Ahora, dentro de los poderes o potestades que tienen los jueces, encontramos la posibilidad de realizar el control de constitucionalidad de las leyes. Sobre ello, si bien dicho control también corresponde al Tribunal Constitucional, el que se da con el denominado control concentrado; los jueces lo realizan mediante el control difuso, cuando en el desempeño de sus funciones encuentran una incompatibilidad entre la norma legal a aplicar y la Constitución.

En efecto, en nuestro país coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad: el sistema concentrado o kelseniano, por el Tribunal Constitucional, y el difuso o americano de *judicial review*; pero lo que acá nos interesa es lo que corresponde al control difuso. Así, respecto de sus antecedentes se tiene que - al menos formalmente - ya se encontraba entre nosotros antes de la Constitución de 1979. Ello en el artículo XXII del título preliminar del Código Civil de 1936, que disponía: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere a la primera”. Y, más atrás aún, en el artículo 10 de la Constitución de 1856, que señalaba: “Es nula y sin efecto cualquiera la ley en cuanto se oponga a la Constitución”. (Díaz Muñoz, 2010, pp. 23-24)

El origen del control difuso se encuentra en la célebre sentencia del caso *Marbury versus Madison*, en la que John Marshall sentó las bases de la *judicial review*. Allí se estableció que el poder del juez para aplicar la Constitución contra la ley parece que se funda en la naturaleza misma de la Constitución. Porque la Constitución es ley, y el deber esencial del juez es aplicar la ley, el juez debe aplicar la Constitución. Pero como además la Constitución es suprema, el juez debe preferirla a la ley en caso de incompatibilidad entre ambas. La *judicial review* presupone que la interpretación judicial de la Constitución prevalece sobre la interpretación legislativa de la Constitución. Desde este punto de vista, puede afirmarse que la *judicial review* expresa una relativa superioridad del Poder Judicial respecto del legislativo. Esta supremacía interpretativa de la Constitución es una consecuencia inevitable de su garantía jurisdiccional. De manera aparentemente inevitable, la Constitución significa lo que los jueces dicen que es. La naturaleza normativa y suprema de la Constitución entraña el poder de los jueces para declarar el sentido definitivo de la Constitución (Silva Irarrázaval, 2012, pp. 118-120).

La Supremacía de la Constitución sin embargo no es el resultado de ninguna operación lógica al interior de un sistema de normas, sino de su afirmación incansable como criterio último de interpretación y como principio legitimador de prácticas sociales (Rodríguez Alzate, 2010, p. 96).

El juez como garante de los derechos fundamentales, cuando se encuentra ante una ley que colisione con la Constitución; debe preferir esta última, inaplicando dicha ley. Las razones que un juez encuentra para no aplicar la ley deben poder exponerse más allá de los modelos de interpretación deductivos y de la lógica jurídica. Así, el juez no tiene que demostrar que la norma evade los principios constitucionales, sino que debe argumentar en torno a dicha discrepancia. Así, si los jueces no pueden disponer de una ley, por considerarla inconstitucional; no estarán obligados a aplicarla, en estos casos no podría considerarse que incurre en prevaricato, pues está obligado a la carga argumentativa del porqué no debe aplicar la norma (Aguirre Román et al., 2009, p. 19).

En efecto, si un juez se encuentra con una ley que no le resulta constitucional, porque no cabe hacer de ella una interpretación constitucionalmente adecuada, entonces no está vinculada a ella. En este caso los jueces “desplazan” la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución. Acá se verifica el valor del papel del juez en relación con la ley, y en la perspectiva garantista el juez actúa con espíritu crítico sobre la validez de las leyes. Así, cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe en los jueces obligación jurídica de aplicarlas; ni siquiera es relevante que no se haya sospechado antes de su validez, ya que la invalidez no está sujeta a prescripción, sino que puede ser

alegada y declarada en cualquier momento (Gascón Abellán, 2003, p. 35).

El poder de ir contra la ley que tiene el juez se “activa” cuando se encuentra ante situaciones en las que debe dilucidar si debe aplicar a “ciegas”, una ley, que es injusta, que es desfasada, que va contra principios de orden constitucional o convencional por ejemplo. Allí el juez no puede aplicar cual autómatas tales leyes, allí usa su poder de garante del Estado Constitucional de Derecho y protector de los derechos. Por eso Gascón Abellán señala que tanto los jueces constitucionales, como los jueces ordinarios, son hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley, y así se convierten en guardianes del contenido de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador. “En pocas palabras, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional; de ni ser así puede “sortearla”” (Gascón Abellán, 2003, p. 40).

Ya en la práctica y aplicación del Derecho, se tiene que hoy los precedentes vinculantes gozan de efecto y fuerza normativa de manera similar a la ley; por eso - formalmente - se explica la obligatoriedad de su aplicación por parte de los jueces. Tenemos entonces la concurrencia de similitud entre la ley y los precedentes vinculantes, y, en base a esa similitud también debe resultar factible

el uso del poder o facultad de inaplicación. Esto es, si los jueces pueden inaplicar incluso una ley, también deben estar facultados para inaplicar un precedente vinculante cuando pueda igualmente resultar injusto, desfasado, atentatorio de los principios de orden constitucional o convencional, o, no permita un mayor desarrollo en la protección de los derechos por ejemplo. Ello permitirá que los jueces ejerzan esa función de garante, pero ya no solo respecto de los demás poderes del Estado, sino también de otros entes como el Tribunal Constitucional y/o la Corte Suprema. Un impedimento rígido y absoluto para realizar ese control resulta atentatorio a la función judicial y a los principios que inspiran el Estado Constitucional de Derecho.

Aguila Grados (2017) se cuestiona también esa posibilidad preguntándose si ¿es posible que la justicia ordinaria aplique control difuso a un “precedente constitucional”? Aun cuando no emite una respuesta concluyente, lo cierto es que precisa que una respuesta negativa generaría mayores problemas, ya que se desconocería que la Constitución reconoce la facultad de ejercer dicho control por los jueces. En efecto:

...Si se concluye que la judicatura no puede aplicar control difuso a un “precedente constitucional” (el cual es norma general con efectos similares a la de una ley) en el marco de un caso concreto, entonces se estaría inaplicando lo establecido por la Constitución. Y esto, no solo sería una desvirtualización de nuestra carta fundamental, sino que significaría arribar a una conclusión poco lógica, pues el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que los “precedentes constitucionales” implican la formulación de una norma general; entonces – en abstracto – debería ser posible

el control de ésta, como norma general, por parte de la judicatura en un caso particular (Aguila Grados, 2017, pp. 181-183).

En caso de negar algún tipo de control a los precedentes (incluimos a los precedentes judiciales), se llegaría a concluir que ha surgido una norma excepcional, contra-constitucional que crea la posibilidad de la formulación de normas, sin control alguno. O incluso normas de carácter jerárquicamente superior dentro de la normativa constitucional. Ahora, si bien los altos tribunales pueden crear derecho, dicha labor encuentra sentido solo si esto es efectuado dentro de los límites de la actividad jurisdiccional común, es decir, en tanto aquella creación se produzca dentro de la actividad interpretativa de las normas constitucionales existentes (Aguila Grados, 2017, p. 187).

No existe creemos, normas o decisiones-regla que puedan estar exentas de control, por ello es que como analogía hemos establecido que si los jueces pueden ejercer control difuso sobre las leyes, por extensión y con las particularidades respectivas, también podrían controlarse los precedentes; en este caso bajo la figura de apartamiento o desvinculación justificada y debidamente motivada.

2.5.7 Los precedentes judiciales

El precedente judicial es aquel que, obviamente, proviene de las decisiones que asumen los jueces del Poder Judicial, en el ejercicio válido de sus funciones. Para tener la condición de precedente con

carácter obligatorio o vinculante, corresponde que el mismo provenga de los entes jerárquicamente superiores en la distribución funcional que les corresponda. Así, el precedente (en especial referencia al precedente vertical), es que se deriva de las decisiones que emiten los tribunales de Casación.

El precedente judicial se lo entiende como el resultado de la jurisprudencia vinculante por parte de un tribunal jerárquico superior; lo cual conlleva la adopción expresa de una determinada interpretación respecto a una norma y que será aplicada en casos similares por jueces inferiores. Se evidencia así, el efecto vertical del precedente, pues los tribunales inferiores quedan sujetos a la decisión emitida (Aguila Grados, 2017, p. 208).

El Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia, STC 03741-2004-AA/TC, Caso Salazar Yarlenque, respecto al precedente judicial y su efecto ha precisado que:

...Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto (F.J. 48).

En el caso peruano la función de fijar estos precedentes está asignada a la Corte Suprema de Justicia de la República. Existiendo una serie de normas en materia civil, penal, laboral, que así lo estipulan.

El Código Procesal Civil en su artículo 400³, regula el precedente judicial en el ámbito civil. Dicha norma prescribe lo siguiente:

...La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

El Código de Procedimientos Penales, en su Artículo 301-A⁴, regula el Precedente obligatorio, del siguiente modo:

... 1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las parte, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

³ Modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009.

⁴ Incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 959, publicado el 17-08-2004.

El Código Procesal Penal en su Artículo 433, también regula la posibilidad de fijar jurisprudencia vinculante. Así, se señala que:

...3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

4. Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.

En el ámbito laboral la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo en su artículo 40 prescribe que:

...La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

De las normas precitadas se advierte, en primer lugar, que la emisión de jurisprudencia vinculante, independientemente de la materia o especialidad, solamente le corresponde a la Corte Suprema. Así mismo, es la Corte Suprema el único ente capaz de variar o modificar tal precedente. A los demás jueces les está vedada esa posibilidad. Del mismo modo tampoco pueden apartarse de los precedentes vinculantes. De allí su similitud con los precedentes constitucionales.

En relación a la posibilidad del apartamiento de los precedentes judiciales, no se cuenta con norma que permita el mismo. Sin embargo, en atención a la modificatoria del artículo 386 del Código Procesal Civil, que establece que el recurso de casación se puede sustentar también en el apartamiento inmotivado del precedente judicial, hay quienes consideran que a partir de ello se puede concluir que cabe la posibilidad que los órganos jurisdiccionales inferiores si pueden apartarse del precedente judicial en materia civil, siempre que fundamenten las razones del su apartamiento (Díaz Muñoz, 2010, p. 52). Para los demás ámbitos, ni siquiera por vía interpretativa se puede asumir que los jueces inferiores podrían apartarse de los precedentes judiciales vinculantes.

En todo caso a partir de la consideración en el ámbito civil podría decirse que ya existe un atisbo en la normatividad que se puede utilizar para permitir la posibilidad judicial de apartamiento de los

precedentes vinculantes; que para generar coherencia normativa debe extenderse hacia todos los ámbitos de actuación jurisdiccional.

En respaldo doctrinario en este aspecto en particular también lo encontramos presente. Aguila Grados (2017) al respecto señala que la obligatoriedad del precedente, tiene ciertos límites, como es el hecho de que el mismo sea aplicable a una norma relevante para el caso que el juez inferior está analizando y que aquella interpretación sea aplicable según los hechos particulares del caso, siendo posible – en ese sentido – que el juez se aparte del precedente judicial siempre que deje constancia de las razones que lo llevan a adoptar tal decisión (p. 209).

De manera similar, Valenzuela Ylizarbe (2017) concluye que se debe buscar que haya armonía entre la facultad de la Corte Suprema de emitir decisiones vinculantes y la posibilidad de desvincularse por parte de los otros jueces. Plantea su posición indicando que la regla debe ser que los jueces sigan la doctrina jurisprudencial vinculante y la excepción que se permita su desvinculación, siempre –y esto es importante no perderlo de vista– que haya motivos o razones fundados, que deben ser explicitados de manera precisa, que justifiquen ello.

Conforme lo establecemos en este trabajo nuestra postura va en esa misma línea, ya que consideramos que ello resulta ser lo más

racional, y tiene el respectivo respaldo doctrinario y jurisprudencial que se aborda y que abona en esta posición.

2.6 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.6.1 Estructura y funciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tiene reconocimiento en nuestra Carta Fundamental, en el artículo 201, en el que se señala lo siguiente:

...El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Las atribuciones que la Constitución le ha reconocido las encontramos en el Artículo 202, que establece:

...Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”.

Además de las normas constitucionales señaladas, el Tribunal Constitucional se rige por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301 que en su artículo 1, lo define como "...el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica".

De acuerdo al contexto normativo referido, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional autónomo e independiente, y el órgano de control de la Constitución, además es órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Las facultades del Tribunal Constitucional son amplias; y, por ello mismo generan apariencia de encontrarse por sobre cualquier otro ente en cuestiones de interpretación jurídica, dado que también tienen dentro de sus funciones resolver conflictos entre particulares, entre estos y el Estado; y, entre órganos o entes estatales.

Castillo Córdova (2008) reseña las funciones del Tribunal Constitucional y establece la importancia de las mismas. Sobre ello, señala que el Tribunal Constitucional:

...vigila que el ejercicio del poder, en particular, el público, se realice según las prescripciones constitucionales, es decir, realiza una tarea de "racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución. Con otras palabras, "el Tribunal Constitucional (...) se encarga de

resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al Plexo del sistema constitucional”.

... esa labor de sujeción del poder al Derecho, exigirá del Tribunal Constitucional “velar por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico del Estado; y velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona”.

...Estas funciones que constitucionalmente tiene atribuidas el Tribunal Constitucional, exigen que se le reconozca no sólo un lugar predominante dentro del ordenamiento constitucional peruano, sino también –y necesariamente – la titularidad de unas facultades que hagan posible el cumplimiento cabal de las funciones asignadas. De esta manera “su propia definición constitucional lleva a pensar en una energía correctora capaz de detener o revertir una situación que resulta atentatoria contra la normatividad de la Constitución, provenga tanto de los particulares como del propio poder político” (pp. 62-63)

El Tribunal Constitucional ejerce tales funciones dentro de los diferentes tipos de procesos que al respecto regula el Código Procesal Constitucional. En los mismos puede ejercer la facultad de fijar precedentes vinculantes, bajo la regulación del artículo VII, del título preliminar, que precisa:

...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”.

En base a la referida norma, el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de precedentes vinculantes, (incluso se ha apartado o modificado algunos de ellos y los ha dejado sin efecto). Ahora, una de las características de los precedentes vinculantes constitucionales, es que se ha impuesto respecto de ellos un grado de obligatoriedad absoluta por parte del Poder Judicial, y, la

imposibilidad de apartamiento o desvinculación por parte de los Jueces del Poder Judicial.

2.6.2 El Tribunal Constitucional como órgano supremo de interpretación

El Tribunal Constitucional - como se ha visto - es el órgano de control de la Constitución y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. En esto se sustenta y justifica que sus interpretaciones deben seguirse y aplicarse en los términos que lo hayan establecido.

En el caso peruano, el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de reconocer tal situación. Así, en el expediente N°: 047-2004-AI/TC, ha precisado que:

...el Tribunal Constitucional “es el” órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí.

...Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, así como el Congreso de la República cuando

ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.º de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales (F.J. 33).

Respecto de su calidad de intérprete de la Constitución, debemos precisar en primer lugar que interpretar implica un hacer de mediador, donde el intérprete comprende que el sentido del texto se ha convertido en un problema; ese hacer mediador nos lleva en esencia a representar diferentes significados de lo que pretende interpretar, llegando así a su exactitud. Para ello sondea el contenido del texto y su propio intelecto del asunto en cuestión, para alcanzar una valoración puramente subjetiva, la cual no es una conclusión vinculante; es una lección motivada por razones de peso entre las diferentes posibilidades de interpretación. Por tanto, interpretar un texto quiere decir decidirse por una entre muchas posibles significaciones (Rodríguez Alzate, 2010, p. 83).

En cuanto a la interpretación jurídica, la misma se debe ubicar dentro de la hermenéutica (*interpretatio* es la traducción latina del griego *hermenéia*) que en esencia, significa la ciencia que se ocupa de la comprensión e interpretación de ciertos textos, al caso concreto dicha acepción es una especie del género denominado “interpretación en función normativa”; el problema que caracteriza

este tipo de interpretación consiste en entender para actuar o para decidir (Rodríguez Alzate, 2010, p. 83).

Dentro del campo jurídico tenemos que si bien el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación de la Constitución, lo cierto es que en el ámbito de sus funciones el Poder Judicial también realiza interpretación de normas jurídicas y constitucionales. Algunas interpretaciones disimiles de ambos entes, ha llegado a generar algunas situaciones problemáticas que luego se explicarán.

Refiriéndonos al Tribunal Constitucional se tiene que su tarea – además de resolver casos concretos – es la de establecer criterios pacificadores hacia el futuro e impedir la sucesiva repetición de controversias, dotando de protección a la Carta Fundamental, a través de una adecuada interpretación de ella. Si bien el Tribunal Constitucional es un supremo intérprete, ello no significa que sea el único intérprete, sino aquel que determina la última palabra en materia de interpretación constitucional de preceptos legales, cuyos fallos y los principios contenidos en ellos, deben ser seguidos de buena fe por los operadores jurisdiccionales ordinarios y especiales, ya que ello favorece la igualdad ante la ley, otorga seguridad jurídica y universaliza un mismo criterio para resolver conflictos jurídicos análogos que se presenten con posterioridad (Nogueira Alcalá, 2006, pp. 99-121).

Es en esa línea que los Tribunales Constitucionales suelen ser identificados en las democracias contemporáneas como “interpretes supremos” o mejor aún, como órganos “oficiales” de asignación de significados a los textos constitucionales. Una suerte de traductor oficial de las grafías del constituyente, y si se entiende por “grafía”-como lo hace la Real Academia Española-, el “modo de escribir o representar los sonidos”, el Tribunal Constitucional bien puede ser representado simbólicamente como la orquesta oficial encargada de interpretar los “sonidos constitucionales” adecuando su ritmo y compás a cada tiempo y época en que se ejecute (Grández Castro, 2010, p. 95).

De allí que los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional se constituyen como directrices que deben seguirse para preservar la seguridad jurídica y garantizar el derecho de igualdad, respetando la supremacía de la interpretación constitucional. Ahora, si bien se reconoce dicha supremacía interpretativa; es la superioridad de la Constitución lo que conlleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico por sobre la ley y el intérprete de la misma que son los tribunales ordinarios (Nogueira Alcalá, 2006, p. 115).

La prevalencia de esta supremacía se justifica por cuanto busca dotar de mayor seguridad jurídica al sistema. Si los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al interpretar el

sentido y alcance de la Constitución no fueran obligatorios para todos (autoridades y particulares) lo que quedaría en tela de juicio sería la integridad de la Constitución. En efecto, el no respeto a los pronunciamientos de la Corte Constitucional por los diferentes operadores jurídicos otorga al ordenamiento jurídico una nota de incoherencia que contraría el principio de igualdad en la aplicación de la ley y afecta la previsibilidad propia del Estado de Derecho (Lancheros-Gamez, 2012, p. 169).

La aludida supremacía interpretativa sin embargo no debe entenderse como una verdad absoluta, ya que como lo señala Grández Castro (2010) respecto de la metáfora señalada previamente, el hecho que el Tribunal Constitucional, sea la “orquesta oficial” no quita la posibilidad, desde luego, que también la melodía constitucional pueda ser interpretada y ejecutada por otras orquestas o incluso por “solistas aficionados”. La oficialidad no quiere decir aquí estabilidad de la interpretación, ni mucho menos verticalidad para imponer alguna “verdad oficial”. La sociedad plural del Estado Constitucional no podría admitir intérpretes oficiales en tal sentido. En cualquier caso, el rótulo de orquesta oficial, solo quiere poner de manifiesto la calidad de sonido auténtico de la melodía que debe ser interpretada de manera autorizada por dicha “orquesta oficial”. El Tribunal actúa así, en más de una ocasión, como una especie de “retocador” de múltiples interpretaciones todas posibles desde el atril de la Constitución, institucionalizando las versiones de otros intérpretes

que no tienen la posibilidad de hacer valer sus versiones si no fuera por la recepción que pueda hacer de éstas el Tribunal Constitucional. En este sentido, también actúa “convirtiendo” en oficial otras versiones posibles en la recreación acústica de la Constitución (pp. 95-96).

En efecto, existen también otras interpretaciones como las que realiza el Poder Judicial, que resultan válidas y deben tenerse en cuenta, ya que es el Poder Judicial el ente llamado a garantizar el respeto a los principios del Estado Constitucionalidad, y, además por cuanto la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, al ser una actividad humana no puede estar revestida de infalibilidad.

Nogueira Alcalá (2006) al respecto nos recuerda que puede sostenerse, como lo hizo el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana en su momento: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra” (Nogueira Alcalá, 2006, p. 100). Este criterio obviamente también resulta aplicable al Tribunal Constitucional, y con más razón dado que constituye la cima en la pirámide de la interpretación constitucional; y, obviamente merece la reflexión necesaria, toda vez que por más que la interpretación provenga del más alto intérprete; será el valor de sus argumentos el que genere su seguimiento y no por el solo hecho de la jerarquía funcional de la que proviene.

Sobre ello, Canosa Usera (2013) precisa que no basta decir la última palabra para que ésta sea vinculante para todos, es necesario que la resolución del intérprete supremo que la pronuncie venga revestida de los efectos que la hagan vinculante para los demás poderes públicos (Citado en: López Flores, 2015, p. 68). Más allá de la disposición normativa, los efectos que hagan vinculante una decisión, deben ser esencialmente los fundamentos y razones del precedente.

Conforme se ha visto, el Tribunal Constitucional ejerce una interpretación autorizada en el ámbito constitucional, sin embargo no es el único ente encargado en realizar dicha interpretación, y, dado que se trata de seres humanos que realizan esa labor de interpretación, no puede ser considerada infalible; por lo que no deben descartarse otras interpretaciones que provengan de entes oficiales. Allí encontramos al Poder Judicial, que también por mandato constitucional ejerce funciones jurisdiccionales y para aplicar la ley y resolver conflictos tiene que realizar interpretaciones que tengan respaldo constitucional.

Sucede sin embargo que presentándose interpretaciones de ambos entes; en algunos casos se han generado enfrentamientos entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Así, se ha llegado a decir que en determinados casos las decisiones del Tribunal Constitucional han atentado contra la autonomía e independencia judicial. Sobre esta problemática nos ocupamos

más adelante, y, también sobre la posibilidad de que los jueces en uso de sus facultades interpretativas puedan, cuando ello resulte debidamente justificado, apartarse de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional al fijar precedentes vinculantes.

2.6.3 Los precedentes del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tiene – entre otras – la facultad de establecer precedentes. Es competente para determinar el sentido vinculante de las disposiciones normativas sometidas a su control.

Así lo establece el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, señalando que:

...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.

Por otro lado, esa vinculación a las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional es especialmente intensa para los jueces y tribunales, tal como lo regulan el Artículo VI del Código Procesal Constitucional, y, la primera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señalan:

...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”.

...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”.

Nótese la similitud entre ambas normas, sin embargo la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional agrega que la obligación judicial de seguir los criterios del Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad.

Landa (2010), nos recuerda que en el caso peruano, el origen de la obligatoriedad para los jueces de interpretar conforme a las decisiones del Tribunal Constitucional se desprendía ya de la normativa anterior al Código Procesal Constitucional, como ocurría con la Primera Disposición General de la Ley 26435 —y en virtud a tal norma existía la obligación de respetar en un sentido hermenéutico más no normativo las sentencias del máximo intérprete de la Constitución— (p. 216)

Por otro lado, la eficacia normativa y los efectos similares a los de una ley, también los ha precisado el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia, STC 03741-2004-AA/TC, Caso Salazar Yarlenque, señalando que:

...El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente

vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional (F.J. 49).

También ha establecido su importancia dentro de la jurisprudencia, resaltando además el papel y poder del propio Tribunal. Así, refiere que el precedente vinculante tiene una connotación binaria: «Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC).

En cuanto a la formalidad para fijar el precedente vinculante, se requiere que sea aprobado, reunido el Pleno del Tribunal, con una mayoría no menor de cinco votos de los siete magistrados. Además debe partir del caso que se resuelva, ya que si bien los criterios fijados serán de aplicación a una generalidad de supuestos, nace de un caso concreto. En cuanto a los supuestos de fondo, a través de su propia jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que son necesarios para su establecimiento. Así:

a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Por otro lado, se tiene que además de las disposiciones normativas, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha resaltado que sus precedentes son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces ordinarios; pero ha ido incluso más allá de ello, ya que ha establecido una obligatoriedad absoluta, y llegando al extremo ha señalado que si los jueces resuelven contrariamente a los precedentes incurrirían en prevaricato. Sobre ampliaremos más adelante.

Señaladas las principales características del precedente, debe concluirse en la importancia de su establecimiento, como debidamente lo reconoce la doctrina. En efecto, el establecimiento y uso de los precedentes es una tarea útil, y hasta indispensable, pero para cumplir adecuadamente ese importante rol, no basta con

efectuar un uso prudente del mismo, siendo necesario sobre todo establecer con claridad y cumplir ciertas pautas acerca de cuándo estamos ante un caso que amerita la aprobación o la modificación de un precedente; que requisitos se exigen para instituirlo o dejarlo de lado; o, el grado de vinculatoriedad que se asigne. Se reconoce también sin embargo la flexibilidad que debe tener el precedente; ya que en efecto la constitución del precedente no debe entenderse en una lógica rígida y estática, sino más bien dentro de una dinámica más fluida que apuesta a la confluencia y cooperación entre los diferentes organismos y órganos estatales (Espinosa-Saldaña Barrera, 2010, p. 441)

2.7 CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Puede decirse de manera genérica que creación de derecho implica todo acto o hecho que produzca normas generales y abstractas. Bajo el contexto de la separación de poderes corresponde al Poder Legislativo la creación o producción de normas jurídicas. No obstante ello, la creación de derecho también se aprecia en los entes que ejercen funciones jurisdiccionales, ya que si bien en principio resuelven casos en particular, sus decisiones pueden llegar a tener efectos generales y abstractos. Es así que la jurisprudencia también se considera como una fuente de derecho, y, dependiendo de la familia jurídica donde nos encontremos tendrá una mayor o menor preponderancia.

Cabe señalar que no es una situación pacífica el considerar a la jurisprudencia como fuente de derecho; y quienes la rechazan parten lo hacen por cuanto consideran que no tiene la suficiente fuerza para vincular, cuestionando la posibilidad que la labor judicial pueda producir derecho. Se basan en lo que Montesquieu señalaba respecto a la labor de mero aplicador de la ley, sin posibilidad de creación de Derecho. En efecto, si el juez debía limitarse a pronunciar las palabras de la ley; no interpretaba ni integraba las normas, por ende no creaban Derecho alguno. Ese pensamiento sin embargo ya ha sido superado.

En el caso peruano si bien la jurisprudencia no es considerada expresamente como fuente del derecho peruano, ello no puede ser argumento suficiente para rechazar tal posibilidad. En efecto aun cuando nuestro sistema jurídico no tenga como característica el hecho que la jurisprudencia se considere como fuente del derecho, y que más bien la ley escrita es la principal fuente de derecho y la jurisprudencia ocupa un lugar secundario; no puede obviarse el hecho que en nuestro sistema se ha recepcionado adecuadamente el establecimiento de precedentes vinculante; por lo que válidamente puede concluirse que sus emisores si crean Derecho.

El Tribunal Constitucional ha precisado que los dos entes que ejercen funciones jurisdiccionales en nuestro país, crean derecho. En efecto, en el Expediente N°: 047-2004-AI/TC, reconociendo las facultades creadoras de derecho ha señalado que:

... para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la

fuentes de derecho denominada jurisprudencia...En nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia.

...Todo acto de los poderes públicos u órganos constitucionales que pretenda restringir dicha función interpretativa no sólo es uno que priva a los órganos jurisdiccionales de su función, sino que es inconstitucional. Es como si se estableciera que el Congreso no legisle, a pesar de que en base al principio de soberanía política tiene un amplio margen de configuración política de la ley, pero siempre dentro del parámetro de la Constitución. No puede existir un órgano jurisdiccional limitado en la función interpretativa inherente a todo órgano jurisdiccional, a menos que esa restricción derive directamente de la Constitución. Hacerlo es vulnerar el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático. Pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber (F.J. 33, 34,39).

Aceptada la tesis de reconocer la jurisprudencia como fuente directa del Derecho, también se debe reconocer la fuerza vinculante de la misma. Para ello se tiene que según lo señala Rivera Santibáez (2006), se reconoce en el juez un papel activo en la creación de Derecho, pues es el juez el que mediante la integración, la interpretación o interrelación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico desarrolla una auténtica labor de creación de nuevas normas de origen jurisprudencial, lo que en la práctica constituye una verdadera creación de Derecho (pág. 34). Esta labor de creación también obviamente se extiende al Tribunal Constitucional.

2.7.1 El Tribunal Constitucional y la creación de Derecho

Hemos precisado ya que el Tribunal Constitucional dentro de sus funciones resuelve conflictos de intereses lo que se puede equiparar al cumplimiento de labores jurisdiccionales; en las que no solo resuelve conflictos sino emite interpretaciones y directrices derivadas de la interpretación de la normas; esa función considerada como un activismo del Tribunal, ha generado que se lo considere también como creador de Derecho, dado que sus decisiones tienen fuerza normativa.

En el constitucionalismo contemporáneo se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente directa o principal del derecho a la jurisprudencia, especialmente a la constitucional. Ello por cuanto los jueces constitucionales en particular, y los jueces ordinarios en general, al decidir los casos sometidos a su jurisdicción, en ocasiones precisan el alcance de las normas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento jurídico, lo que implica creación de derecho.

Dentro de la doctrina nacional tenemos que Castillo Córdova (2008), ha establecido que el Tribunal Constitucional se encuentra en capacidad de crear Derecho. Precisa que ante el papel de intérprete supremo del texto constitucional se deriva la consecuencia necesaria del mismo: su papel de creador de derecho constitucional. En efecto, no es posible tener una idea cabal de la posición constitucional del Tribunal Constitucional en el

ordenamiento jurídico peruano sin hacer referencia a su capacidad de creación de derecho constitucional. En este sentido, establece los presupuestos que lo sustentan. Así, en primer lugar señala que:

...la Constitución es un conjunto de disposiciones formuladas según una estructura abierta e imprecisa. La consecuencia obligada es que necesariamente la Constitución exige ser interpretada, es decir, exige de concreciones y determinaciones en sus formulaciones genéricas. Esta interpretación puede ser realizada por una gran cantidad de sujetos. De entre los intérpretes de la Constitución hay que distinguir los que la interpretan de modo vinculante de los que no. Solo interesa hacer referencia a los primeros. Interpretan de modo vinculante a la Constitución el Parlamento cuando desarrolla un precepto constitucional, los jueces cuando en los litigios que se le presentan son resueltos interpretando y aplicando la Constitución, y-obviamente- el Tribunal Constitucional. De entre los sujetos llamados a interpretar de modo vinculante a la Constitución, el Tribunal Constitucional está por encima de todos ellos. Él es el Supremo intérprete de la Constitución. Esto es consecuencia necesaria de considerarlo como Máximo controlador de la constitucionalidad en un ordenamiento jurídico. En el caso peruano, esta posición suprema viene concluida de las funciones que se le atribuyen (artículo 202 CP), y que lo colocan por encima del Parlamento y de los Jueces en la labor de interpretación y concreción de la Constitución (pp. 66-67).

Como segundo aspecto, sostiene que:

... en el ejercicio de la función de supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional crea derecho constitucional, de modo que sus sentencias llegan a configurarse como fuente de derecho constitucional. Cuando el Tribunal Constitucional formula una concreción o una determinación de una disposición constitucional, lo que hace es crear una norma constitucional, la cual tiene una naturaleza de una norma adscrita a una disposición constitucional, como se tendrá oportunidad de abundar más adelante. Se trata de una norma constitucional que solo existía *in nuce* en la disposición constitucional, y que una vez realizada la interpretación por parte del Tribunal Constitucional, la norma resulta manifestada y exteriorizada (Castillo Córdova, 2008, p.68).

Y en tercer lugar, que:

...esta capacidad de crear derecho constitucional por arte del Supremo intérprete de la Constitución se manifiesta respecto

de todas las disposiciones de la Constitución, aunque con amplitud e intensidad diversa: es muy amplia cuando es también amplio el grado de indeterminación de la disposición constitucional, y se va reduciendo según se reduce el mencionado grado de indeterminación, hasta hacerse prácticamente nula cuando se está ante una disposición constitucional que es tan concreta que se asemeja a una regla. Esta creación de derecho constitucional puede manifestarse tanto en la dimensión material como en la dimensión procesal de la Constitución. Puede crear, entonces, derecho constitucional materia y derecho constitucional procesal. En este sentido debe ser reconocida e interpretada la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, a través del cual realiza su “labor de concretización o complementación del Derecho Procesal [Constitucional]”, mencionada en no pocas oportunidades en la jurisprudencia del Supremo interprete de la Constitución, más aun cuando la propia norma procesal constitucional así lo permite” (Castillo Córdova, 2008, p.69)

Conforme a lo expresado, podemos concluir que el Tribunal Constitucional en efecto es un ente que crea Derecho, siendo que su jurisprudencia con calidad de precedente vinculante tiene fuerza normativa equiparable a la ley. Lo dicho nos conlleva a considerar uno de los aspectos de nuestra investigación, esto es, si los precedentes se equiparan a la ley, y los jueces se puedan apartar de la ley, de igual manera pueden apartarse de los precedentes.

2.7.2 Los jueces y la creación de Derecho

Ya tenemos reconocido que la jurisprudencia es fuente de Derecho, además debe tenerse en cuenta que son los jueces los que en primer orden son los encargados de producir jurisprudencia. En esa línea se reconoce en el juez un papel activo en la creación de Derecho, pues es el juez el que mediante la integración, la interpretación o interrelación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico

desarrolla una auténtica labor de creación de nuevas normas de origen jurisprudencial, lo que en la práctica constituye una verdadera creación de Derecho (Rivera Santibáez, 2006, p. 35).

Rivera Santibáez (2006) además, nos hace recordar que incluso el padre del positivismo, Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, estableció la labor jurisprudencial como creadora del derecho, señalando que:

“la jurisprudencia o función judicial no se limita a concretar la abstracción de la Ley, ni tiene carácter meramente declarativo (...) el Tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación del Derecho. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazar a él y verifica en concreto dicho enlace (...). Por esta razón, la sentencia judicial es una norma jurídica individual” (p. 36)

Landa (2010) evidencia también que la labor judicial implica creación de Derecho. Precisa que existen casos rutinarios donde el juez debe establecer la relación que existe entre la norma constitucional y el hecho mismo, para luego subsumir el hecho en la hipótesis de la norma; sin embargo, en los casos complejos o difíciles donde más de una norma jurídica puede ser aplicada a un mismo hecho, o, la propia norma tiene distintas interpretaciones, o el hecho, puede ser apreciado desde diferentes perspectivas, plantea dilemas que el juez debe resolver, a través del proceso interpretativo que otorgue certeza jurídica mediante una sentencia que sea correcta y que no sea arbitraria (p. 228).

En este último caso señalado es donde aparece precisamente la facultad creadora de derecho del juez. Otra muestra de tal facultad se presenta cuando el juez resuelve sobre la incompatibilidad de las leyes con la Constitución (Landa, 2010, p. 220).

Abona en la consideración de establecer que los jueces crean Derecho, lo referido por Garrido Gómez (2009), quien recuerda que tenía razón el realismo jurídico norteamericano a la hora de conceptualizar el Derecho como realidad que sufre un cambio incesante, apoyado en la actividad judicial creativa. En este sentido, queda patente que no se produce sólo por el legislador, sino que también toma parte el juez. Su creación se reenvía a la interpretación de la norma aplicable y a que la norma particular en la que deriva la decisión no es efecto de la lógica (p. 55).

Esa creación judicial de Derecho se hace más evidente cuando se establecen precedentes judiciales. Allí, cuando el juez se sale de los cauces establecidos por el tenor literal de la norma y fija una interpretación con efectos generales, el precedente constituirá un acto de creación del derecho, incluso –y con mayor razón– cuando su autor declare expresamente estar aplicando el texto normativo conforme a las consideraciones que el propio juez está planteando y no bajo el tenor literal de la norma (Contreras Calderón, 2011, p. 358).

Queda claro entonces que es una facultad de los jueces ejercer una labor de creación de Derecho, que se evidencia en la resolución de

los casos conforme a los criterios interpretativos que racionalmente consideren adecuados. Ahora si sus criterios difieren de los establecidos en los precedentes vinculantes, también debería permitirse que actúen conforme a lo que sus convicciones les aconsejen. Lo contrario atentaría con esa facultad creadora de Derecho, y estancaría el desarrollo del mismo, ya que con sus decisiones los jueces pueden en efecto lograr que se reevalúen las reglas del precedente, que no debe tener una vocación de rigidez y obligatoriedad absoluta.

2.8 LOS PRECEDENTES VINCULANTES

2.8.1 Orígenes del precedente

Es en los sistemas de tradición jurídica del *common law*, donde el precedente vinculante tiene su origen. Se sustenta bajo el principio según el cual para las decisiones judiciales de casos análogos, los jueces deben recurrir a lo que ya se resolvió con anterioridad.

Una reseña de su desarrollo histórico en el sistema inglés la realiza Iturralde Sesma (1995), quien en síntesis nos precisa un transcurso desde el período anglosajón, hasta el período moderno en la que se asienta el *common law*:

...El período anglosajón comienza cuando cesa la dominación romana y, cuando las diversas tribus de origen germánico se dividen el país. Las leyes se redactan al igual que en Europa continental..., únicamente regulan aspectos limitados de las relaciones sociales y no hay un derecho común a toda Inglaterra.

...La conquista normanda aporta a Inglaterra un poder fuerte, centralizado, rico en una experiencia administrativa puesta a prueba en el territorio de Normandía. Se instala el feudalismo en Inglaterra. Se presentaba una pugna, de un lado, los hacendados barones, que reclamaban el derecho de ejercer la soberanía sobre su dominio feudal; y, de otro, los diferentes sistemas jurídicos y sus respectivos tribunales (feudales, eclesiásticos, locales, mercantiles, etc) (Iturralde Sesma, 1995, pp. 19-21).

En cuanto al surgimiento del Derecho inglés, sostiene que:

...Enrique II establece en su lugar el Derecho inglés culminando con lo que conocemos como el *common law*. Él se dio cuenta que la clave para el éxito de cualquier sistema jurídico está ligado no tanto al derecho que reposa en las leyes de los libros, como en el significado práctico a través del cual el derecho se aplica. En esta época el derecho aplicado por los tribunales llegó a ser tan popular que se convirtió en el derecho común de todo el Reino.

...A lo largo del segundo y tercer períodos surge una estructura administrativa y judicial que se expande por todo el reino y es controlada por una pequeña élite centralizada de administradores reales. El *common law* se consideraba que representaba un orden racional de las reglas que gobernaban la conducta humana y la exigencia de los juristas era que se proveyera una regulación completa; estos factores contribuían a la habilidad del *common law* para resistir la amenaza de la codificación (Iturralde Sesma, 1995, pp. 22-23).

En épocas más modernas se reseña ese desarrollo precisándose que:

...Los siglos XIX y XX representan una época de transformación fundamental en la historia del Derecho inglés. Lo que marca esta época es (con el triunfo de las ideas democráticas) el desarrollo sin precedente de la legislación. En primer lugar, las soluciones del *common law* tienden a ser reagrupadas sistemáticamente. En cuanto a la organización judicial, todas las organizaciones inglesas devienen competentes para aplicar tanto las reglas del *common law* como las de equidad. En tercer lugar, se realiza una labor de derogación de leyes en desuso, y una refundición de cara a presentar las normas de una forma sistemática (Iturralde Sesma, 1995, p. 24).

Ahora, en cuanto al significado y fuerza del precedente, se puede afirmar que:

...El significado que hoy en día tiene el precedente es distinto al que tuvo en sus orígenes. Entonces las decisiones de los tribunales eran consideradas expresiones de opiniones acerca del derecho cuyo peso dependía del juez o jueces que las pronunciaban, pero no obligaban a los jueces a seguirlas.

...Poco a poco, se va a convertir en regla el que una vez que los jueces decidiesen una causa, en todas las causas futuras similares se impusiera un fallo igual. Así nació la doctrina del *stare decisis* y el carácter especial del *common law*.

...El período crucial para el desarrollo moderno del concepto de un sistema de precedente es entre 1758 y 1861. En esta última fecha la *House of Lords*, elaboró claramente por primera vez la doctrina del precedente obligatorio en *Beamish vs Beamish* [1861]. A finales del siglo XIX la autoridad de los casos (que un siglo antes estaba determinada por un principio de *stare decisis*) ha llegado a estar determinada en gran parte por un sistema de reglas del precedente. Cada tribunal estaba estrictamente obligado por las decisiones superiores, y los tribunales superiores estaban obligados por sus propias decisiones (Iturralde Sesma, 1995, pp. 24-25).

Más allá de los orígenes del precedente, lo cierto es que en la actualidad en los derechos de tradición jurídica del *civil law*, también se ha asumido de manera favorable la incorporación del precedente como forma adecuada de brindar seguridad jurídica, respecto al principio de igualdad y dotar de predictibilidad en la justicia, por lo que en estas latitudes nos debemos amoldar a las características y naturaleza del precedente.

2.8.2 Definición del precedente vinculante

La doctrina del precedente, se entiende como aquella en la que un sistema jurídico se conforma de un conjunto de reglas y principios - que reciben el nombre de *case law* – que son extraídos de las decisiones que toman los jueces en un contexto histórico determinado y los cuales vinculan - sea de manera persuasiva u obligatoria – a otros jueces del mismo sistema en casos en donde se presenta analogía con el caso ya resuelto (Monroy Gálvez, 2006, p. 13).

En efecto, cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y, que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo (Rodríguez Santander, 2007, p. 55)

Iturralde Sesma (1995), siguiendo a Chamberlain, señala que la doctrina del *stare decisis et non quieta movere*⁵ ha sido definida o establecida como aquella donde:

...Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de

⁵ Que puede entenderse como: “respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos”. Se entiende también como la regla que atribuye valor vinculante a las decisiones de los órganos judiciales de mayor jerarquía.

los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales como una proposición acerca del derecho existente o real (p. 31).

La doctrina además ha establecido diversos significados del término precedente, que se ahora se sintetizan. Así, Wróblewski (1992), señala que se pueden distinguir cinco significados diferentes del término «precedente judicial». Así:

- a. En primer lugar, un sentido clásico; que supone al precedente como un mecanismo de creación jurídica y, más concretamente, en el desempeño del papel de la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho.
- b. En segundo lugar, un sentido funcional; por el que se entiende al precedente desde su función ejemplificadora de conductas judiciales que, en casos futuros, pudieran ajustarse a la misma estructura argumentativa y fáctica descrita por el propio precedente.
- c. En tercer lugar, un sentido de validez. Supone enfocar la figura del precedente judicial únicamente desde la perspectiva de su cumplimiento, es decir, supone entender al precedente como un mecanismo jurídico dotado con suficiente valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como si de una auténtica norma jurídica se tratase.
- d. En cuarto lugar, un sentido de autoridad; esto como mecanismo de influencia en la orientación de la labor judicial —es decir, como un mecanismo para motivar futuras decisiones— constituye el sentido más próximo a los orígenes históricos del concepto de autoridad de la cosa juzgada en el Derecho anglosajón. Por tanto, cuando un juez invoca entre sus motivos judiciales la autoridad de la cosa juzgada de determinados pronunciamientos anteriores en el tiempo, se escuda en el criterio de opiniones y consideraciones externas para justificar en realidad su propia tesis y, precisamente, en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada —en definitiva, en función de la legitimidad que ésta ostente— su argumentación jurídica gozará de mayor o menor fuerza vinculante.
- e. Por último, un sentido informativo. Este último modo entiende al precedente desde su función orientadora o informadora de futuros fallos a la vista de todos los anteriores (Citado en García-Berrio Hernández, 2006, pp. 136-137).

Monroy Gálvez (2006) reconoce como elementos del sistema del precedente a los siguientes:

- ...1. Una decisión fundamentada de un juez o tribunal respecto de un caso concreto;
2. Una descripción en torno al fundamento asumido por el juez o tribunal respecto de una cuestión de derecho trascendente planteada en el caso concreto;
3. La necesidad de establecer un principio de autoridad para el mismo tribunal o para otros de igual o inferior rango, para los siguientes casos en los que se planteó la misma cuestión de derecho y
4. La existencia de un determinado grado de autoridad, el cual va a depender del prestigio del juez o tribunal que expidió la decisión, de su conformidad con el espíritu de los tiempos y del criterio sobre la misma cuestión de otros jueces o tribunales (p. 11-12).

Ahora, el adjetivo “vinculante” hace referencia a la fuerza con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquél en el que fue establecida. Alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige, de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica (Rodríguez Santander, 2007, p. 57).

En el caso peruano el Tribunal Constitucional ha definido al precedente constitucional vinculante como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”.

Así mismo le reconoce una fuerza similar a una ley, precisando que “la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”. Precisa además que “en puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia” (STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC).

Por otro lado, conforme a lo establecido por la Corte Constitucional Colombiana, se define como precedente “aquella sentencia anterior y pertinente cuya *ratio* conduce a una regla —prohibición, orden o autorización— determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica semejantes” (Lancheros-Gamez, 2012, p. 180).

En atención a lo señalado podemos señalar que los precedentes vinculantes son reglas de interpretación derivadas de decisiones tomadas en casos concretos por los más altos tribunales, que vinculan al tribunal que las tomó, y a los tribunales inferiores. Así, cuándo se presenten futuros casos similares, debe necesaria y obligatoriamente resolverse conforme los criterios ya establecidos.

2.8.3 Características y naturaleza del precedente

El precedente, en primer término, es una institución que tiene como característica la de ser considerada como fuente de derecho en los ordenamientos jurídicos donde exista (esto ocurre en casi todos los conocidos). Esa calidad de fuente de derecho podrá ser primaria o secundaria, según como se asiente en la familia jurídica-para usar la categoría de David⁶-que lo asuma. Así mismo, el precedente se encuentra asentado en el ámbito judicial, que es donde se ha originado; resultando su incorporación al ámbito constitucional posterior. Por otro lado, si bien se caracteriza por poseer un efecto vinculante que obliga a su seguimiento, dicho efecto – especialmente en el derecho norteamericano – tiene una importancia relativa (Monroy Gálvez, 2008, pp. 173-174).

El precedente en efecto, se aplica a todo el sistema judicial, y, ello se justifica en cuanto se considera que una sentencia cumple dos papeles: resolver una *litis* concreta, y además repercutir en los casos futuros que atiendan problemas análogos. Para tener esa consideración, se esgrimen cuatro razones: igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales); previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro); economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos); y respeto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata,

⁶ Que como ya hemos precisado, sostiene esa referencia por cuestiones académicas, y por cuanto abarca un mayor concepto que el solo término sistema jurídico.

fundamentalmente, de una solución pragmática (Sagües, 2006, p. 19).

La parte o contenido vinculante del precedente, también es otro aspecto que lo caracteriza; ya que no todo lo dicho en una sentencia tiene el mismo vigor vinculante, ni todas las sentencias valen lo mismo. Así, existe jurisprudencia persuasiva, no necesariamente vinculante, que es la proveniente de tribunales de otras jurisdicciones o de un nivel igual al que debe decidir un proceso. En complemento de lo dicho, también existe jurisprudencia imperativa, que sí es vinculante, es la que emana de un tribunal superior al que conoce el caso, o a la de éste mismo. Pero incluso dentro de las sentencias vinculantes mismas, se diferencia el *holding*, o *ratio decidendi*, que es lo necesariamente sostenido por un tribunal para dirimir el litigio (extremo vinculante); del *obiter*, u *obiter dictum*, que es lo no indispensable en ese fin. Normalmente el *obiter dictum* no es jurisprudencia imperativa, aunque pueda tener algunas veces especial respeto, en función de la calidad jurídica del juez que lo expuso (Sagües, 2006, p. 20)

El fundamento del precedente por otro lado, está vinculado con garantizar el respeto al principio de igualdad, así mismo otorgar seguridad jurídica y predictibilidad, criterio válidos para interiorizar el seguimiento al precedente. Debe precisarse sin embargo que en los sistemas anglosajones la naturaleza del precedente no es la de

una rigidez absoluta, más bien resulta flexible, incluso es factible su apartamiento, cuando las circunstancias así lo exijan

Gálvez Villegas (2012), respecto del fundamento de los precedentes vinculantes, señala que éstos realmente configuran factores que optimizan una particular forma de interpretación de los preceptos constitucionales o legales en la solución de problemas normativos o probatorios, con lo cual dan fluidez al funcionamiento del sistema jurídico y jurisdiccional. Precisa sobre ellos que:

...se considera que estos cumplen su función y se fundamentan en la necesidad de la preservación del derecho de igualdad ante la ley, que se materializa con el uso del contenido del precedente vinculante en todos los casos análogos o semejantes que se someten a la competencia del órgano jurisdiccional. Asimismo, en la necesidad de proscribir la arbitrariedad y preservar la seguridad jurídica con la aplicación, por igual, de los criterios interpretativos de la Constitución plasmados en el precedente vinculante por el máximo intérprete de dicha norma, haciendo previsible la actuación de los operadores jurisdiccionales; todo lo cual, obviamente restituiría o preservaría la confianza ciudadana en el sistema jurídico (p. 129).

De manera similar se ha dicho que el fundamento de la fuerza vinculante de los precedentes se da en resguardo del derecho fundamental a la igualdad de la persona en la aplicación de la ley, así como del principio de la seguridad jurídica. Se ha precisado al respecto que:

...si el propio Tribunal Constitucional o cualquier otro juez o tribunal no observa ni aplica el precedente obligatorio creado por la jurisprudencia constitucional, al resolver un caso posterior que tenga supuestos fácticos análogos, vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas (Rivera Santibáez, 2006, p. 37).

En esa misma línea se ha manifestado también que el precedente materializa el principio de igualdad, toda vez que es necesario que se dé un tratamiento normativo igual a los supuestos que reúnen condiciones fácticas semejantes (Garrido Gómez, 2009, p. 65).

Reconocida la necesidad de seguir el precedente, también debe reconocerse la posibilidad de un cambio de criterio en el precedente incluso por parte de los jueces. Sobre ello Rivera Santibáez (2006) precisa que “en el marco de respeto del derecho a la igualdad, que importa recibir la misma protección y trato de las autoridades judiciales; estas no pueden otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hechos análogos; sin que exista una justificación razonable para el cambio de criterio” (p. 37). El cambio de criterio entonces requiere de una justificación razonable.

Monroy Gálvez (2008), si bien reconoce los fundamentos del precedente, nos señala que por su propia naturaleza lo que existe es el precedente relativamente vinculante, en tanto el juez puede apartarse de un precedente si lo considera incorrecto para el derecho o para la razón. Así, recalca que el precedente vinculante u obligatorio, en los términos de un mandato inexorable que debe ser seguido “sin duda ni murmuraciones” o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no le reconocieron, no existe en ningún lugar del mundo. No se presenta siquiera en el *common law*, donde aún bajo la doctrina del *stare decisis* (que importa que el juez

inferior debe decidir un caso sometido a su competencia atendiendo al fundamento expresado por el juez superior en un caso anterior similar o idéntico o, respecto del cual, se presente una cuestión jurídica análoga), en ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente (pp. 174-175).

En efecto, se reconoce también desde la naturaleza y eficacia de los precedentes la posibilidad de un apartamiento motivado, siendo importante la argumentación que se dé para ello, ya que si bien debe argumentarse para seguir el precedente, con más razón la argumentación se hace necesaria para algún apartamiento.

Se ha dicho al respecto que la justificación del precedente por la vía de la igualdad incide en la racionalidad de la argumentación,

...pero el principio no significa reiterar la jurisprudencia porque no valoraríamos el contenido y seguir los precedentes no es sólo reiteración, sino apartamiento motivado. La aclaración recae en que lo esencial es el seguimiento justificado, la jurisprudencia se ha de valorar tanto para ser seguida como para separarse de ella cambiando el fundamento de su relevancia, puesto que ha pasado de pensarse como atribución de valor relevante a la obligación de motivar la decisión (motivar el seguimiento y, aún más, el cambio). De esta manera, la explicación se desenvuelve en cuanto la actividad judicial es una actividad práctica de argumentación racional, expresiva de un compromiso entre la predecibilidad de las decisiones y la justicia vinculada a aspectos morales o práctico-generales (Garrido Gómez, 2009, pp. 63-65).

Como se ha visto, el precedente vinculante tiene fundamento en el respeto a derechos o principios que cuentan con respaldo constitucional, por ende y aun cuando nuestro sistema de derecho

no se rige por el sistema del *common law*, al haberse recepcionado el precedente debe admitirse que ese fundamento justifica adecuadamente su establecimiento y el efecto de vinculatoriedad en su seguimiento. Pero además de ello también resulta cierto que en cuanto a su fuerza vinculante una rigidez absoluta o extrema no existe y, es más por su propia naturaleza existe cierto grado de flexibilidad para que de manera justificada los jueces puedan apartarse válidamente de los precedentes. Ante ese escenario la obligatoriedad absoluta e imposibilidad de apartamiento impuesto para los jueces en nuestro país, resulta abiertamente cuestionable.

De lo que se viene reseñando se evidencia que la jurisprudencia o el precedente en el sistema del *common law* se erige como fuente del derecho, y, resulta de mucha utilidad y hasta cumple fines prácticos; respetando la igualdad ante la ley, favoreciendo la predictibilidad, logrando economía procesal; sin embargo también es cierto que en dicho sistema resulta factible el apartamiento del precedente cuando circunstancias especiales así lo ameriten.

Así pues, pese a que la vinculación es consustancial al precedente, lo cierto es que también se caracteriza por la inexistencia de un grado de vinculatoriedad absoluto y/o eterno; existiendo flexibilidad en tal sentido, lo que facultaría la posibilidad de desvinculación o apartamiento motivado por parte de los jueces.

2.8.4 La fuerza de los precedentes y la obligatoriedad de su cumplimiento

Existe consenso en que la jurisprudencia - especialmente la constitucional - es considerada como fuente del derecho. En ese contexto al precedente vinculante, que es una de sus manifestaciones, se le atribuye fuerza normativa y ello se explica en cuanto los jueces constitucionales en particular, y los jueces ordinarios en general, al decidir los casos sometidos a su jurisdicción, en ocasiones crean Derecho, al precisar el alcance de las normas jurídicas existentes, o llenar vacíos y resolver contradicciones del ordenamiento jurídico.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia puede entenderse como aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige que tanto los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentran efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (precedente vinculante horizontal), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales supremos (precedente vinculante vertical) (Adrián Coripuna, 2007, p. 119)

La técnica del precedente constituye una forma indispensable para el mantenimiento de la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico dentro de un sistema constitucional; especialmente cuando se trata de la interpretación y aplicación de las normas de la Constitución. Ello justifica la fuerza vinculante de la jurisprudencia, y la necesidad que así sea. Pero cabe precisar que asumido en nuestro sistema la doctrina del precedente, lo dicho respecto de los precedentes constitucionales, también se extiende válidamente a lo que corresponde en los precedentes judiciales, ya que su naturaleza es similar, y su fundamento y fuerza vinculante también deben serlo.

Estableciendo la importancia de la función jurisdiccional, Bernal Pulido (2005) ha señalado que dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural de sus enunciados, y su conexión con la política y la ideología, la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos qué es lo que está constitucionalmente prescrito. Agrega, que esa red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución; es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica (Citado en Rivera Santibáez, 2006, p. 37).

La fuerza vinculante del precedente también se respalda en la importancia de las labores jurisdiccionales por parte del propio Tribunal Constitucional, así como por los demás jueces y tribunales

inferiores, quienes en efecto cumplen funciones esenciales en un Estado social y democrático de Derecho; que de no tener una fuerza de obligatoriedad, difícilmente podrían lograr el cabal cumplimiento de sus decisiones.

Ahora, por las funciones que cumple el precedente también se precisa que el mismo tenga fuerza normativa. Al respecto, siguiendo la línea de razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia, se pueden identificar básicamente las siguientes funciones.

...En primer lugar, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

En segundo lugar, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

En tercer lugar, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.

Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos (Rivera Santibáez, 2006, p. 37).

La fuerza normativa de los precedentes es la que obliga a los poderes públicos y ciudadanos en general al seguimiento y

cumplimiento de las decisiones o criterios establecidos. El seguimiento de los precedentes por parte de los órganos jurisdiccionales, tiene relación además, con la fuerza vinculante de los mismos.

Siendo así, y bajo un contexto de respeto y/o seguimiento de los precedentes por parte de los jueces inferiores, Magaloni (2001) ha señalado que el juez inferior tendría tres posibilidades:

...1) Aplicar (*apply*) la regla de la doctrina jurisprudencial cuando se trate de casos idénticos;

2) Seguir (*follow*) la regla de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias con el nuevo caso no sea sustancial y en consecuencia optar analógicamente por aplicar dicha regla, y;

3) Apartarse (*distinguish*) de la regla de la doctrina jurisprudencial cuando las diferencias entre los dos casos sean relevantes para merecer un trato jurídico diferente (Citado en Landa, 2010, p. 228).

Debemos agregar a lo referido por Magaloni, que si bien el *distinguish* es una técnica para apartarse del precedente, lo cierto es que implica un no seguimiento al mismo por cuanto los hechos en el caso a resolver son distintos a los que se tuvieron en cuenta al fijar el precedente; pero que se hace necesario establecer la posibilidad del apartamiento en otras circunstancias que incluso tengan que diferir con las interpretaciones y reglas fijadas en los precedentes.

En complemento de lo dicho, y en relación al debate sobre la vinculatoriedad o no de los precedentes, Alexy (2016) apunta tres razones que exigen que los precedentes tengan fuerza vinculante, aunque advierte que al menos puede apuntarse una razón

suficientemente poderosa para exigir que dicha fuerza vinculante no deba tener carácter definitivo sino sólo *prima facie*.

...Las tres razones de la fuerza vinculante de los precedentes son “la previsibilidad, la protección de la confianza y el trato igual de los casos semejantes”. Estas tres razones hacen que la decisión anterior sea una razón para una decisión posterior. Estas tres razones son universales y se oponen al valor de la verdad o corrección práctica. “En casos de conflicto, es necesario una ponderación. Esto es justamente lo que quiere decir que la fuerza vinculante tiene sólo carácter *prima facie*” (Belloso Martín, 2018, p. 274).

Ahora bien, reconocida la vinculatoriedad del precedente, lo cierto es que como ya se ha adelantado, la doctrina del precedente le asigna vinculatoriedad a la “*ratio decidendi*”, es decir, a la parte de la sentencia que contiene una la exposición del hecho, de la decisión y del motivo por el que el juez ha decidido en tal sentido, es decir de las razones por las que se adopta la decisión. Dentro de esa naturaleza del precedente, se tiene que el precedente admite su desvinculación, en particular de jueces inferiores, pudiendo operar como precedente “*overruled*”, que lo sustituye (Zúñiga Urbina, 2006, p. 152).

En cuanto al grado de vinculación u obligatoriedad del precedente, puede decirse con certeza que en los sistemas de donde éste proviene, se reconoce un grado de flexibilidad y la posibilidad de un apartamiento motivado. Ello de modo alguno afecta esta técnica, sino por el contrario la dinamiza y permite su desarrollo.

En relación a esa posibilidad de apartamiento, Zúñiga Urbina (2006) aun reconociendo que el fundamento del precedente se

basa en la igualdad ante la ley, establece que en sistemas de Derecho “Romano-Germánico” como el nuestro, la fuerza del precedente es persuasiva; establece también la posibilidad judicial de apartarse de los precedentes vinculantes. Así, dicho autor refiere:

...El precedente goza de una fuerza normativa peculiar, que difiere en los sistemas jurídicos o familias de Derecho; de suerte que tenemos un vínculo absoluto (*binding*) como ocurre en el derecho inglés, que sólo autoriza a desvincularse si el caso es distinto (*distinguishing*) o bien que la solución anterior es fruto de un error (*per incuriam decisionis*); o simplemente como ocurre en los sistemas de Derecho “Románico-Germánico” el precedente puede gozar de un valor o “eficacia persuasiva”. La “eficacia persuasiva” tiene una conexión directa con el principio de igualdad constitucional (igualdad ante la ley, entendida como igualdad ante las normas) como imperativo para los jueces, es decir, la exigencia de que casos análogos deban ser decididos análogamente en la medida de lo posible evitando así la lesividad originada por soluciones distintas para supuestos análogos. Esta conexión precedente-principio de igualdad es tan intensa que incluso en los ordenamientos jurídicos más fieles con la tradición de la Codificación y de la Revolución Francesa, en que la casación opera como instituto nomofiláctico, se justifica este rol de la jurisprudencia en razón del principio de igualdad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional siempre puede modificar un precedente, evitando así una petrificación o esclerosis de su jurisprudencia” (p. 158).

Este autor además precisa que en España incluso su propio Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de apartarse o desvincularse del precedente. Para tal efecto establece lo siguiente:

...“como el Tribunal Constitucional (ad ex., S. 49/1985, de 28 de marzo) ha indicado en repetidas ocasiones (...) no puede exigirse de un órgano judicial el mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. La posibilidad de modificar un criterio previamente adoptado es incluso exigencia de la propia función judicial pues el Juez, en el sistema

constitucional español, está sometido a la Constitución y al imperio de la Ley (arts. 117.1 CE y 1 LOPJ) y no al precedente judicial, o, más rectamente, no está vinculado al precedente judicial (*stare decisis*) cuando el mismo ya no responda en el caso concreto a la Constitución y al imperio de la ley, y siempre que conste que (el juez, al apartarse del precedente) ha obrado con la obvia reflexión que, en garantía del derecho a la igualdad citado exige la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, y que consiste en: a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo la variación en la interpretación de la Ley ser fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el Juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes (STC 48/1987, de 22 de abril), y b) que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 166/1985, de 9 de diciembre, entre otras muchas”) (Zúñiga Urbina, 2006, p. 159).

Queda claro que el precedente tiene fuerza vinculante y por ende su seguimiento y cumplimiento resulta obligatorio. Sin embargo esa obligatoriedad no puede ser absoluta, y dado que se reconoce que los propios entes que los emiten pueden apartarse de ellos, no existe argumento suficiente alguno para quitar esa posibilidad a los jueces ordinarios, o jueces inferiores, y ello no solo por la familia jurídica del *civil law* a la que estamos adscritos, sino por la propia naturaleza del precedente y de la doctrina proveniente del *common law*.

Por otro lado, en el caso peruano al igual que el caso español, el Juez, por mandato constitucional, está sometido sólo a la Constitución y a la Ley, por ende siguiendo la línea reflexiva del Tribunal Constitucional español en nuestro caso, ello también debe resultar factible; esto es, no encontrarse vinculado al precedente judicial (apartarse del mismo) cuando ya no responda en el caso

concreto a la Constitución y al imperio de la ley, y siempre que conste que (el juez, al apartarse del precedente) ha fundamentado y argumentado debidamente las razones del apartamiento.

2.8.5 Tipo de precedentes vinculantes

Para establecer la tipología de los precedentes que acá señalamos, hemos considerado el grado de vinculación y la dirección de la que se deriva tal vinculación, por ende más allá de las diversas clasificaciones y denominaciones que la doctrina pudiese considerar, entendemos que los precedentes vinculantes deben ser clasificados en: verticales y horizontales.

La concepción del precedente vertical, implica en primer lugar la existencia de sistemas jurisdiccionales jerarquizados. Allí, se exige que los tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio sentado o establecido por tribunales jerárquicamente superiores. En definitiva, los jueces y tribunales deben seguir en su razonamiento jurídico los precedentes sentados por órganos jurisdiccionales superiores, cuando la situación que estén conociendo sea similar a otra ya tratada con anterioridad. (García-Berrio Hernández, 2006, p. 135).

Monroy Gálvez (2006) precisa que deriva de la vinculación externa que contiene el precedente. En ese sentido por el precedente vertical, los órganos judiciales inferiores a aquel que expidió la

decisión que contiene el precedente se encuentran obligados a hacerlo suyo (p. 12).

El punto central en la vinculación vertical entonces está referido a la obligatoriedad en el seguimiento del precedente por provenir de un ente jerárquicamente superior. Ello, *prima facie*, resulta válido; sin embargo una obligatoriedad absoluta y al extremo podría resultar perniciosa.

Es por ello que Aguila Grados (2017), precisa que la verticalidad de los precedentes constitucionales debe afirmarse con cuidado; ya que ante una verticalidad absoluta tendríamos tribunales constitucionales que no solo serían los últimos intérpretes de la Constitución; sino – además – los últimos intérpretes del ordenamiento en su conjunto, con capacidad de emisión normativa vinculante *erga omnes* (p. 151). Lo mismo podría decirse de los precedentes judiciales emitidos por la Corte Suprema, ya que igualmente cerrarían el ordenamiento jurídico en lo que a sus competencias le corresponde.

Por otro lado tenemos a los precedentes horizontales, que derivan de la vinculación interna del precedente, por la que cada órgano que propone a través de un caso una regla de derecho o precedente se encuentra sometido a ella (Monroy Gálvez, 2006, p. 12).

Se trata de los precedentes cuya vinculación está determinada por provenir de decisiones previas emitidas por los mismos entes

jurisdiccionales. Al precedente horizontal también se lo conoce como autoprecedente; y, opera por cuanto los tribunales se encuentran sometidos a sus propias decisiones anteriores y no así a las decisiones de otros tribunales de igual o superior rango jerárquico. En definitiva, los jueces y tribunales habrán de seguir en su razonamiento jurídico sus propios precedentes cuando la situación que estén conociendo sea similar a otra ya tratada con anterioridad. Son, pues, de dos casos distantes en el tiempo, aunque similares en sus características, que requieren un mismo tratamiento (García-Berrio Hernández, 2006, p. 135).

Se suele incluir también dentro de la consideración de los precedentes horizontales a los que provienen de órganos jurisdiccionales del mismo nivel jerárquico. Sobre ello hemos dicho que la tipología que establecemos se ha basado en el grado de vinculación u obligatoriedad que corresponda; no considerando en todo caso que el mismo se presente entre tribunales del mismo rango; ya que lo que allí existe simplemente sería un efecto persuasivo, más no obligatorio.

La importancia del precedente horizontal radica en que vincula por sus propias decisiones incluso a los Tribunales Supremos, con ello se genera la debida coherencia en la aplicación y seguimiento de los precedentes, ya que si los tribunales inferiores deben seguir los criterios de los tribunales superiores, ellos obviamente también deben hacerlo. Al respecto, tal como lo ha referido la Corte

Constitucional Colombiana en la sentencia C-447 de 1997, “es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace” (Nogueira Alcalá, 2006, p. 108).

2.9 EL CAMBIO DEL PRECEDENTE VINCULANTE

La modificación o cambio de jurisprudencia no es común en la actividad jurisdiccional, ya que para los jueces y magistrados como punto de partida se encuentra el respeto al precedente; sin embargo existe también la posibilidad de su variación, modificación, o apartamiento según se trate del ente que asume tal decisión.

Rivera Santiváñez (2007) reconoce el valor del respeto al precedente y la importancia que tiene en un Estado social y democrático de Derecho; advirtiendo sin embargo que ello no es un valor absoluto, por lo que no debe ser considerado como algo irrevisable o inmodificable, lo que significa que la regla admite excepciones. Agrega al respecto que:

...Tomando en cuenta que la Constitución formal responde a una Constitución material que es dinámica y cambiante, se entiende que los criterios interpretativos adoptados en una determinada realidad económica, social, política y cultural, pueden modificarse debido al cambio de esa realidad; de manera que la interpretación de ciertas normas que pudo haber sido útil y adecuada para resolver determinados conflictos en una determinado momento, podrían resultar inadecuados e inaceptables para resolver casos similares en otro contexto histórico (Rivera Santiváñez, 2007, p. 171).

El cambio de jurisprudencia en líneas generales sin embargo, debe ser la consecuencia lógica de las reflexiones que el Juez haga respecto de los

análisis y raciocinios a los que había llegado en casos anteriores y así llegar a la conclusión de que esa decisión debía ser cambiada; o –agregamos – inaplicada (Rodríguez Alzate, 2010, p. 90).

Para tal efecto, el órgano jurisdiccional respectivo está obligado a argumentar y manifestar rigurosamente las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a tomar decisión diferente, con la cual se adopta una nueva tendencia para la jurisdicción. Sin embargo, es relevante tener en cuenta que la nueva tendencia a adoptar puede traer bastantes consecuencias tanto jurídicas como sociales, y es eso lo que debe analizarse muy bien si efectivamente es conveniente emitir de esa manera el fallo o no, ya que son numerosos los efectos que trae consigo un nuevo aporte jurisprudencial, máxime si puede despertar desavenencias sociopolíticas y a la vez, dejar de lado ciertos derechos que algunas personas habían estado gozando gracias al precedente; en fin, un sin número de ramificaciones pueden resultar de un buen o mal análisis del Juez, más aún si se tiene en cuenta que después de haber tomado la decisión, deberá ser lo más firme que pueda en ella, pues no tiene sentido ni presentación que un día se profiera un fallo de una forma y al día siguiente de otra, generando así desorden y además inseguridad jurídica tanto para los demás jueces como para los abogados litigantes, quienes con su caminar constante por los pasillos de las secretarías buscan estar al día en sus procesos y que se obre de manera justa en sus pleitos (Rodríguez Alzate, 2010, pág. 90).

El cambio jurisprudencial se puede hacer efectivo a través de la derogación o modificación del precedente; que corresponde realizarlo a los Tribunales

Supremos respecto de los criterios vinculantes que hayan podido emitir, o, incluso dejando sin efecto los criterios de los tribunales inferiores. Estos últimos sin embargo (respecto de los criterios superiores impuestos) no pueden derogarlos o cambiarlos, pudiendo – en los casos que corresponda – recurrir al apartamiento de los mismos.

2.9.1 La derogación o modificación del precedente

La derogación implica un cambio de orientación jurisprudencial, que solamente puede ser realizado por el propio órgano que lo emitió. En el caso peruano, esa facultad la poseen el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto de los precedentes vinculantes constitucionales y judiciales que hubiesen emitido.

Como ya se ha establecido, los jueces se encuentran vinculados a sus propios precedentes; ello no significa sin embargo que no puedan modificarlos luego. El cambio de criterio jurisprudencial es aceptado de manera pacífica aún en el sistema anglosajón en el cual existe una regla vinculante como el *stare decisis*, y ello porque seguir un precedente no implica consagrar la vigencia de una regla en el tiempo *sine die*, pues un tribunal puede resolver el dilema siguiendo el precedente a pesar de la injusticia en el caso particular, o, por el contrario, rechazar el precedente y derogar su decisión anterior (Landa, 2010, p. 92).

En efecto desde el sistema del *common law*, se ha señalado que Harris “postula que la Cámara de los Lores debiera sentirse más libre para revocar sus ‘resoluciones erróneas’ pretéritas, incluso si no puede apelar a hechos distinguibles, cambios en la sociedad, alteraciones en los principios jurídicos pertinentes, *per incuriam* o aducir que el fallo anterior ha devenido impracticable”. Para ello, agrega dicho autor, que el juez debiera tomar en cuenta al decidir si van a actuar de la forma antes indicada, pues “no debieran preferir la mantención de ‘precedentes erróneos’ en los intereses de la certeza jurídica (los ‘valores del *stare decisis*’) sino que debieran anularlos en aras de la justicia” (Citado en Valenzuela Ylizarbe, 2017).

El cambio de orientación jurisprudencial se conoce como la técnica del *overruling*, admitiéndose la posibilidad que un Alto Tribunal cambie de precedente vinculante, no porque el caso no sea sustancialmente igual a otro (que originó un precedente), sino porque habiendo sido adecuado en una situación concreta, luego de un determinado tiempo, tal Tribunal estima que el precedente debe ser cambiado (Adrián Coripuna, 2007, p. 131).

En relación al *overruling*, se ha dicho que constituye la manera más dramática de tratar al precedente pues se lo desestima y reemplaza por uno nuevo, desintegrando al precedente, y dado que el mismo será eliminado generará efectos diversos que justifican que tal

actividad se realice cumpliendo ciertos requisitos mínimos (Aguila Grados, 2017, p. 271).

En el caso peruano, las propias normas que permiten el establecimiento del precedente vinculante, también regulan la posibilidad que su ente emisor lo pueda modificar o dejar sin efecto. Así, en el caso de los precedentes constitucionales; la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que: “Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. De manera similar opera en el caso de los precedentes judiciales.

Se advierte pues que ha sido el propio legislador quien ha reservado para los altos tribunales competencia exclusiva sobre el cambio o modificación de los precedentes vinculantes. Sin embargo, los cambios correspondientes deben contar con la suficiente motivación y una justificación tal que los nuevos criterios adoptados tengan un rol aún más importante en respeto de los derechos. Ello se hace necesario además, para no afectar la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones judiciales.

En efecto, el juez constitucional (y los jueces supremos) junto con seguir los principios de la dogmática constitucional, si quieren apartarse de los precedentes están obligados a desarrollar la fundamentación o argumentación de la posición incorrecta del

precedente en la situación actual o ante un nuevo contexto, ya que la evolución jurisprudencial debe ser explícita y razonada, prudente y equilibrada, con el objeto de no generar un grado inadecuado de inseguridad jurídica o incertidumbre (Nogueira Alcalá, 2006, p. 109).

Para el caso de los precedentes constitucionales el Tribunal Constitucional ha establecido que la competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes: a) expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión; b) expresión de la razón declarativa-teleológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión; y c) determinación de sus efectos en el tiempo (Exp. N.º 0024-2003-AI/TC-Lima, Caso Municipalidad distrital de Lurín).

Respecto a los efectos en el tiempo que produce el cambio de precedente, en la misma aludida sentencia se ha señalado que el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

...a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.

b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión

del cambio o a los procesos en trámite (Exp. N.º 0024-2003-AI/TC-Lima, Caso Municipalidad distrital de Lurín).

En atención a lo último, y, respecto de la eficacia prospectiva del precedente vinculante, puede señalarse que encuentra su razón de ser ya que busca no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto de los justiciables y los poderes públicos al precedente anterior; y, por otro lado, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente. Esto se justifica en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas, de tracto sucesivo o, cuando se establecen situaciones menos beneficiosas para los justiciables.

Criterios similares a los señalados para la derogación o cambio del precedente constitucional, pueden y deben utilizarse también para el caso de cambio en los precedentes judiciales por parte de la Corte Suprema. Al respecto debe tenerse presente que en caso de los precedentes judiciales, igualmente, serán sólo los propios entes emisores de los precedentes vinculantes, los que puedan modificarlos.

2.9.2 La desvinculación o apartamiento del precedente

Como se ha dicho, los jueces inferiores no pueden cambiar el precedente, aunque si, excepcionalmente, podrían apartarse del mismo, justificando su decisión, con lo que motivarían que el

Tribunal Constitucional (y la Corte Suprema en su caso), se pronuncien nuevamente, cambiando, si así lo estima, el precedente instaurado (Adrián Coripuna, 2007, p. 132).

La desvinculación o apartamiento de la doctrina jurisprudencial o precedente no es otra cosa que inaplicar lo dispuesto como criterio vinculante por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. El apartamiento o desvinculación – en cuanto corresponda – lo pueden efectuar los jueces inferiores (en relación jerárquica y funcional respecto de los jueces de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional); cuando analizando el caso que tengan que resolver, consideren que la interpretación efectuada en el precedente y los criterios allí establecidos no son correctos y/o no deben aplicarse en el caso a su cargo.

La desvinculación o apartamiento puede encontrar su fundamento en el respeto al principio de justicia. Sobre ello se ha dicho que “en aras de garantizar la justicia del caso concreto y la posibilidad de actualización de la jurisprudencia, todo precedente puede ser inaplicado y modificado” (Bernal Pulido, 2007, p. 184).

La posibilidad de apartamiento o desvinculación se sustenta en el principio de flexibilidad del precedente, ya que si bien existe obligación de seguir el precedente, la misma no puede entenderse como de una rigidez absoluta que reduzca también absolutamente la capacidad interpretativa del juez y la facultad de resolver

racionalmente en respeto de los derechos fundamentales, la Constitución, la igualdad o la justicia.

Es la naturaleza del precedente, derivada de las características del mismo en sus lugares de origen o prevalencia la que nos conlleva a concluir en esa flexibilidad, y en las posibilidades de apartamiento. Existe por otro lado el suficiente respaldo doctrinario y jurisprudencial, nacional y extranjero, que dan aval a nuestra postura.

En efecto, en Inglaterra, país donde surgió el precedente, a partir de 1966, la Cámara de los Lores, mediante una famosa Declaración de Práctica, determinó no encontrarse obligada por sus fallos. Así, el *Lord Chancellor*, en representación del *House of Lords*, sostuvo lo siguiente: “Sus señorías reconocen que la adhesión rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también puede restringir excesivamente el desarrollo correcto del derecho. Se declara por consiguiente la modificación de la práctica vigente: en principio las decisiones de este tribunal deben considerarse vinculantes sin embargo cabe apartarse de ellas cuando parezca correcto hacerlo” (Valenzuela Ylizarbe, 2017).

Rodríguez Santander (2007), señala por ejemplo que el sistema judicial de los Estados Unidos, se desenvuelve hoy bajo una doctrina del precedente jerarquizada, pero flexible, de tal forma que los órganos superiores (los Tribunales Supremos) vinculan con sus

decisiones y sus interpretaciones alcanzan a la propia Constitución del Estado. Precisa sin embargo que:

...Deben mostrarse particularmente receptivos frente a los cambios sociales y al dinamismo de los casos que se presentan en las instancias inferiores y la manera cómo éstos responden frente a ese dinamismo, de forma tal que adviertan el momento idóneo para flexibilizar o sencillamente remplazar la regla desfasada. En este razonamiento ocupa un lugar fundamental la consideración de que si bien la Norma Fundamental vincula, su contenido no es completo ni rígido, sino inacabado y flexible, puesto que solo así puede albergar la diversidad inherente al mismo concepto de democracia y la justa ponderación que debe existir entre los distintos derechos fundamentales reconocidos, a la luz de los mutables contextos sociales (Rodríguez Santander, 2007, p. 51).

Monroy Gálvez (2006), también nos señala la factibilidad del apartamiento y más que ello la necesidad del mismo para evitar el estancamiento en el desarrollo del Derecho. Al respecto nos recuerda que:

...la práctica demuestra cómo la sutileza del *common law* está precisamente en la actividad que deben realizar los jueces para no someterse al precedente cuando no comparten el principio allí sostenido o cuando deben reducir la interpretación del precedente de suerte tal que salga de la esfera del nuevo caso. Todo esto último constituye el medio a través del cual se impide que la aplicación de la doctrina del precedente, llevada a ultranza, produzca la esclerotización o anquilosamiento del sistema (p. 12).

Otra alusión a la posibilidad del apartamiento judicial la pone de manifiesto Rivera Santiváñez (2007), quien además nos indica que dicho apartamiento tiene como fin la precisión, corrección o modificación de una línea jurisprudencial, ya que recordemos no existen criterios absolutos, ni las decisiones emanadas por los jueces de los Altos Tribunales, pueden considerarse infalibles, ya que como toda acción humana, ello siempre es factible. En efecto,

nos señala que “incluso en los sistemas de Derecho jurisprudencial, como el *common law*, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o “*case law*” es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del “*stare decisis*”, o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas Cortes admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial” (pp. 171-172).

Sagüés (2007), nos refiere que en la Argentina luego de una larga trayectoria no siempre uniforme ni clara, puede hablarse de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que dé fundamentos que sean a) valederos; y b) diferentes a los ya examinados por la Corte. Ejemplifica lo dicho con decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, del siguiente modo:

...En Cerámica San Lorenzo⁷, los jueces inferiores deben aplicar las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Suprema, y carecen de fundamento las sentencias que se aparten de ellas, “sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”.

Tal doctrina...se funda en la “autoridad del tribunal”, y lo es sin perjuicio del juez inferior de no seguir los lineamientos de la Corte, pero “fundándose en razones no examinadas o no resueltas” por ella. El juez podrá apartarse, pero no “sin justificación expresa” y con “nuevos” fundamentos distintos a los ya evaluados por la Corte. Si la sentencia del juez inferior desconoce la doctrina judicial de la Corte sin dar motivos

⁷ Denominación del caso judicial respectivo.

valederos para no seguirla, padece del vicio de arbitrariedad y podrá impugnarse a su turno por el recurso extraordinario (Sagüés, 2007, pp. 145-146)

En Colombia, lo refiere Bernal Pulido (2007), existe un respeto a la vinculación del precedente, con posibilidad de apartamiento y de control de ese respeto o apartamiento a través del recurso de casación por ejemplo. Precisa que:

...La sentencia de C-836 de 2001...estableció que los jueces y tribunales están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia...y que si quieren apartarse de ella, “están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”, de conformidad con las exigencias que hacen posible inaplicar y modificar los precedentes. La Corte Suprema de Justicia ha controlado esta vinculación mediante el recurso de casación (Bernal Pulido, 2007, p. 182)

Iturralde Sesma (1995), en relación a la rigidez del precedente en Estados Unidos, nos refiere que en el país americano la regla del precedente tiene mayor flexibilidad que en el Derecho inglés, ya que la tendencia presente está caracterizada por la derogación y distinción de los precedentes. Aunque la regla de adhesión al precedente no debería ser abandonada, tendría que relajarse en cierto grado. Recurriendo a casos judiciales y opiniones de sus jueces precisa lo siguiente:

...El juez LURTON dijo: “la regla *stare decisis*, aunque tendente a la consistencia y uniformidad de la decisión, no es inflexible. Si debe ser seguida o no es una cuestión totalmente a discreción del tribunal, que es llamado otra vez a considerar una cuestión ya decidida”.

...El juez WANAMAKER señaló: “un caso decidido vale tanto como valga su razonamiento y corrección, y no más. No es suficiente decir “así dijo el tribunal”. Se debe probar su idoneidad para regular cada situación en base al grado en que justifica la violación de los derechos de una de las partes y sirve a la justicia respecto a todas las partes afectadas”.

El tribunal de Pennsylvania reconoce que se debe seguir el precedente pero nunca pensando que se deben “consagrar las equivocaciones de los que estuvieron antes nuestro, y tropezar cada vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos”.

Un ejemplo extremo de esto lo representa el caso *Alferitz vs Borgwardt*, en el que el tribunal no sólo se deroga a sí mismo, sino que dijo que su decisión anterior era tan mala que se tendría que saber que sería derogada y que un abogado que confiara en ella al aconsejar a su cliente habría demostrado su incompetencia (Iturralde Sesma, 1995, pp. 136-137).

Hemos señalado que la importancia del precedente vinculante está claramente justificada, pero los jueces no deben estar ni absoluta, ni mecánicamente sometidos a su seguimiento. Por el contrario, pese a la existencia de los precedentes, un análisis crítico de los jueces puede y debe ir en línea de desarrollo del Derecho, y no estancamiento. Sobre ello se ha dicho que:

...El precedente no se aplica mecánicamente, se le confronta con tres variantes de razones antes de ser aceptado y aplicado: la reputación del juez que elaboró la opinión; el principio en el sentido característico del gran estilo, es decir, no sólo como principio de ordenación o de sistematización, sino como principio que da sentido; y la política, referida al examen de las consecuencias de la regla. Se trata de una «constante búsqueda de la mejor regla aplicable, que guíe el futuro, regla que tiene que construirse sobre lo mejor que nos ofrece el pasado. La búsqueda consiste en un constante re-examen y reconstrucción de una herencia que puede generar no sólo solidez, sino remedio para el presente y para el día de mañana». Los jueces que adoptan el gran estilo muestran lo que Llewellyn denomina «sentido de la situación». Examinan cada caso no como individual, sino como un caso que puede suponer dotarnos de una regla como referencia en el futuro (Garrido Gómez, 2009, p. 69).

Habiendo quedado claro que los jueces no deben actuar mecánicamente en el seguimiento y aplicación del precedente, y por otro como ya se ha señalado en este trabajo el juez autómatas ya ha desaparecido y se condice con la actual función judicial

dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la flexibilidad del precedente se impone y en base a ella, resultará perfectamente válida una desvinculación o apartamiento judicial, ya que por que el precedente deba seguirse en aras de los principios en los que se fundamenta, no puede ser absoluto o totalmente rígido, ni inmodificable.

La independencia judicial respalda esa posibilidad. Sobre ello se ha determinado que corresponde introducir un matiz, en virtud del principio de independencia judicial también reconocida constitucionalmente, estableciendo que, excepcionalmente, los jueces en el ejercicio de su autonomía judicial podrían apartarse del precedente, motivando suficiente y adecuadamente las razones de la separación de la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Constitucional, de lo contrario estarían infringiendo el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y el principio de seguridad jurídica. En efecto qué podría exigírsele a un juez que por ejemplo:

...ante un caso concreto consideren la inaplicación del precedente del Tribunal Constitucional en el caso que están conociendo, por considerar que las propiedades del mismo son diferentes (*distinguish*), vale decir, cuando el juez o tribunal ordinario, consideren que existen diferencias relevantes que median entre el caso resuelto mediante el precedente y el caso que debe resolver actualmente el juez ordinario, por lo que la *ratio decidendi* del primer caso no puede aplicarse al segundo, exigiendo este último una solución diferente, como asimismo, cuando el precedente no responda adecuadamente a un cambio social posterior por variación de las circunstancias; o cuando se modifica el precedente (*overruling*) al considerarlo erróneo desde una perspectiva axiológica, al ser contrario a los valores, principios y derechos en que se fundamenta el ordenamiento jurídico. (Nogueira Alcalá, 2006, p. 117).

Ante los referidos escenarios consideramos que el juez no puede abdicar en su deber de actuar con justicia y emitir la decisión conforme a lo que la razonabilidad le aconseje, incluso si va contra el precedente, ya que ello implicaría un límite no permitido en su independencia. Claro está, ese apartamiento del precedente debe estar debidamente justificado y argumentado.

La posibilidad de la desvinculación o apartamiento, también se advierte desde la jurisprudencia chilena. Allí, en el caso “Juzgados de Policía Local” en 1993, el Tribunal Constitucional chileno, estableció que:

...el respeto al precedente no significa desconocer la posibilidad de cambio de circunstancias o de valoraciones que justifiquen un apartarse de la doctrina asentada por el precedente, lo que es legítimo mediante un razonamiento que explique los motivos del cambio de criterio. Asimismo el cambio de doctrina siempre debe justificarse, lo contrario constituiría una evidente violación de la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, una vulneración de la prohibición de actos arbitrarios e inconsistentes, como asimismo, se afectaría gravemente la seguridad jurídica propia de todo Estado Constitucional de Derecho (Nogueira Alcalá, 2006, p. 109).

Como venimos señalando la desvinculación o apartamiento del precedente encuentra sustento en el grado de flexibilidad que debe reconocerse en el precedente, y que existen determinadas materias que por su propio dinamismo así lo exigen. Además los criterios absolutos no existen, o no deberían existir, y de presentarse no cabe duda que resultan perniciosos, lo que no puede permitirse.

En correlato con ello conviene precisar la dosis de flexibilidad antes señalada es razonable cuando estamos ante la jurisdicción constitucional, ya que el texto constitucional debe irse adaptando a una realidad dinámica y cambiante. La excesiva rigidez dificultaría gravemente la tarea del Tribunal Constitucional e, incluso, podría poner en grave peligro la vida institucional de la sociedad política. Del mismo modo, una rigidez absoluta de la jurisprudencia impediría al Tribunal Constitucional superar aquellas decisiones anteriores que se considerarán erróneas, situación que nunca puede excluirse, ya que significaría admitir que una decisión equivocada del Tribunal Constitucional sustituiría de hecho una o más normas constitucionales. Así, si el sistema constitucional debe construir un adecuado equilibrio que garantice la fijación y vinculatoriedad de la sentencia constitucional y la capacidad de apertura al cambio, siempre que no afecte ni ponga en peligro la función pacificadora del Tribunal Constitucional y su carácter de intérprete supremo de la Constitución (Nogueira Alcalá, 2006, pp. 109-110).

Lo señalado parece correcto, sin embargo el enfoque solamente se refiera a la labor del Tribunal Constitucional, pero necesariamente debe extenderse hacia los jueces inferiores ya que la absoluta rigidez también afectaría gravemente su tarea, y en el extremo, no le permitiría resolver en contra de criterios que resulten errados (recordemos que ningún tribunal por más alto que sea, se encuentra exento de esa posibilidad), afectando grave e

irreversiblemente su capacidad reflexiva, interpretativa e independencia.

Bajo todo lo dicho en este apartado, y en complemento a lo anotado respecto a la fuerza vinculante y grado de obligatoriedad flexible que debe existir en los precedentes, consideramos que en los casos en que así correspondan por fines más elevados, se impone la posibilidad de desvinculación o apartamiento de los jueces respecto de los precedentes constitucionales o judiciales que se hayan impuesto.

2.9.2.1 La procedencia de la distinción (*distinguish*)

La forma que la doctrina reconoce como posibilidad para apartarse del precedente vinculante, es la distinción del caso (*distinguish*). La misma - como veremos luego - no constituye en estricto una desvinculación o apartamiento de los criterios o reglas vinculantes impuestos en el precedente, que es lo que consideramos también se requiere en aras del cabal respeto a la independencia judicial, y para lograr el dinamismo en el derecho que también es característica del propio precedente.

Cabe precisar sobre ello que en primer orden el precedente debe ser seguido, salvo que pueda ser “distinguido”, esto es, que pueda demostrarse que existe una distinción importante entre los hechos del caso precedente y los del presente caso a resolver (Iturralde Sesma, 1995, p. 77).

Permite al tribunal inferior dejar de aplicar el precedente creado por un tribunal superior, siempre que aquel logre justificar la inaplicabilidad del mismo, debido a que los hechos del caso bajo análisis lo hacen aconsejable (Aguila Grados, 2017, p. 266).

El *distinguish* implica entonces, no seguir el precedente. No significa un desconocimiento del precedente, todo lo contrario ya que *a priori* se considera que debería aplicarse; sin embargo existe una diferenciación que conlleva a concluir en que no resulta aplicable. Esto incluso podría generar una nueva línea jurisprudencial general, sí los altos tribunales la convalidan y extienden como precedente vinculante.

En efecto, respecto de ello se ha dicho que cuando existan razones fundadas para no seguir un precedente que parecería en primer orden aplicable, el juez debe justificar de manera amplia y suficiente las razones que lo llevan a apartarse de él. En sentido estricto, la distinción no supone un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, sino una diferenciación que puede llevar al inicio de una nueva línea jurisprudencial que puede ser o no confirmada por la Corte siempre que las razones hayan sido convincentes para ella. No debe perderse de vista sin embargo, que las circunstancias de tiempo, modo y lugar

que permiten la diferenciación deben ser relevantes (Lancheros-Gamez, 2012, p. 182).

Esta técnica se aplica cuando se logra determinar y sobretodo justificar que el caso no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante. Así, determinada la existencia de diferencias reales –y no aparentes- entre el caso que originó el precedente y el caso concreto a resolver, entonces no es exigible aplicar el precedente instaurado (Adrián Coripuna, 2007, p. 131).

Ahora, la decisión de no seguir el precedente por considerarlo distinto o diferente al caso a resolver, no puede estar sujeto al libre albedrío del juez. Se requiere de la debida motivación y justificación, dando razones suficientes que lo llevan a no seguir el precedente que en un primer momento parecía aplicable. En los argumentos respectivos, el Juez debe sin lugar a dudas explicar y demostrar de manera efectiva, el porqué de su lejanía con los casos anteriores como también exponer respecto del vacío jurisprudencial constitucional que le impida aplicar de manera igual el caso nuevo, o que le imposibilite recurrir a las subreglas de la jurisprudencia (Rodríguez Alzate, 2010, p. 85).

Conforme a lo dicho, consideramos que si bien el *distinguish*, constituye una técnica para no seguir al

precedente, en estricto no constituye un apartamiento del mismo, ni una desvinculación de la interpretación establecida, ya que la resolución que los jueces emiten no la hacen en sentido distinto a los criterios vinculantes establecidos, sino resuelve con supuestos diferentes y que no habían sido tratados en el precedente. Por esta razón, si bien esa técnica existe y puede aplicarse; no implica un apartamiento o desvinculación por lo que no es una solución a la problemática que hemos planteado en este trabajo; sin embargo evidencia la posibilidad y necesidad - en algunos casos - que los jueces se puedan apartar de los precedentes vinculantes.

Dicha necesidad también se evidencia ya que como la doctrina nos recuerda, se recurre al *distinguish*, cuando en realidad lo que corresponde es un apartamiento o desvinculación. Así lo precisa Iturralde Sesma (1995) al señalar que es ampliamente admitido que los tribunales la emplean muchas veces para no aplicar determinados precedentes cuya solución se considera injusta, incorrecta, etc. Agrega – citando a Zander (1989) – que a veces el tribunal distingue lo indistinguible como la única manera para escapar de las garras de un precedente no deseado que, de otro modo, sería obligatorio (p. 78).

En ese mismo sentido y según Lücke (1982), es un secreto abierto que los jueces tienen una gran elección en la manera en que se aplica el *case law*, que están dispuestos a distinguir incluso el precedente más similar si creen seriamente que tienden a un resultado no deseado (Citado en Iturralde Sesma, 1995, p. 80).

Lo dicho justifica una vez más la necesidad de encontrar una solución diferente al *distinguish*. Con ello se puede garantizar de un lado la corrección en la actuación del juez (no forzará la figura del *distinguish*) no desnaturalizando la técnica ya existente y reconocida; además de no afectar la naturaleza obligatoria del precedente, toda vez que dejar todo al albedrío de recurrir al *distinguish* aun cuando no corresponda, puede llevar a concluir que no existe una real vinculación u obligatoriedad al seguimiento del precedente.

2.9.3 Supuestos para la desvinculación o apartamiento del precedente

Consideramos que existe el necesario respaldo, y razones más que suficientes para facultar a los jueces a desvincularse o apartarse de los precedentes vinculantes, sin que ello pueda implicar algún tipo de responsabilidad en accionar, menos sanción por ello. Sin embargo ese apartamiento debe ser excepcional, y, bajo supuestos

o situaciones razonables. En ese contexto es que se plantean los supuestos que deberían considerarse para tal efecto.

Sobre lo manifestado recordemos que Alexy (2010) señala que el fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad. Partiendo del respeto al precedente, admite que los jueces pueden apartarse de los mismos, pero endosando en tal caso la carga de argumentación; que implica que quien quiera apartarse de un precedente tiene que asumir la carga de justificar tal apartamiento. No se admitirá pues el abandono discrecional de los precedentes, ya que ello afectaría la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de las decisiones judiciales, como la confianza en la aplicación del Derecho. Nos precisa además que rige el principio perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello (Alexy, 2010, pp. 377-380).

En efecto, una vez adoptado un criterio el mismo sólo puede ser modificado por *raisons suffisantes*, pues detrás se encuentra esa “continuidad” que constituye la base de la vida social y espiritual, lo cual también determina que el apartamiento de los precedentes deba ser visto como la *última ratio*, cuando el juez, al considerar inconvenientes los criterios disponibles, no pueda eludir su aplicación aprovechando posibles ambigüedades o vaguedades lingüísticas, o apelando a otros recursos (como la técnica del *distinguish*, que permite “esquivar” la regla en el caso dejando al

mismo tiempo incólume –al menos formalmente– el precedente, recurso que también debe ser utilizado dando razones suficientes) (Sodero, 2004, pp. 230-231).

En la labor jurisdiccional existen tres principios fundamentales sobre los cuales el Juez va a pronunciarse, que son:

...a. El principio de obediencia, que consiste en el respeto por los fallos precedentes respecto de temas determinados y que servirán como base para la emisión de un fallo posterior.

b. El principio de independencia, que radica en la autonomía que tiene el Juez para proferir su fallo, de acuerdo a la particularidad del caso.

c. El principio de igualdad, que establece que los jueces, basados en el principio de la autonomía funcional, pueden resolver controversias enfrentados a dos situaciones sustancialmente idénticas... Teniendo en cuenta los principios anteriormente expuestos, debe decirse que existen argumentos ilegítimos o legítimos para apartarse o no del precedente (Rodríguez Alzate, 2010, p. 85).

Un argumento ilegítimo para apartarse podría ser la ignorancia o desconocimiento de la jurisprudencia obligatoria. En ese contexto un apartamiento, obviamente, no resultaría válido; ya que no habría existido una motivación diferenciada o suficiente respecto de los criterios vinculantes que para el caso previamente ya se habían establecido. Los argumentos legítimos tienen que ver con las razones que el juez emita, y que justifiquen de manera suficiente y adecuada del porqué se aparta del precedente.

Aceptando entonces que los tribunales inferiores pueden apartarse o desvincularse del seguimiento obligatorio del precedente, no existe total libertad para ello, debiendo seguirse ciertas reglas, entre las que se han destacado las siguientes:

...1) Como regla general, deben seguirse los precedentes porque (en interés de la sociedad) el derecho tiene que ser estable y uniforme.

2) El tribunal es libre y está incluso obligado a apartarse del precedente si, a causa de un cambio en las circunstancias o en las necesidades sociales, la adhesión al precedente sería perjudicial a los intereses públicos que, en un determinado caso, pueden ser más importantes que la estabilidad del derecho.

3) La valoración de si un precedente debe ser seguido o no tiene que estar basado en criterios de utilidad social. El deseo de tomar una decisión justa en un caso concreto no debe considerarse una justificación suficiente para derogar un precedente. Debe tenerse en cuenta que antes de derogar el precedente en cualquier caso, es deber del tribunal cerciorarse de que no se hará más daño al rechazar que al conservar una regla de dudosa validez. (Iturralde Sesma, 1995, pp. 138-139)

Como se ha dicho, el apartamiento del precedente debe ser excepcional y en esa línea Adrián Coripuna (2007) concluye que se podría presentar, por ejemplo:

...Cuando luego de un considerable tiempo varíe el contexto social que rodeaba al supuesto de hecho que dio mérito al precedente. En efecto, si con el transcurrir del tiempo el precedente deja de servir para el fin para el cual fue dictado y, por el contrario, hace prevalecer una situación que puede devenir en arbitraria, entonces el juez de instancia inferior puede apartarse del precedente (nunca cambiarlo), mediante una motivación específica adicional de por qué se hace tal alejamiento, de modo tal que se ponga en conocimiento del Alto Tribunal la exigencia de que el precedente debe cambiar o en todo caso motivar en éste una justificación que, manteniendo el precedente, responda al nuevo contexto planteado. Esta última consideración parte del supuesto de que no siempre los Altos Tribunales van a cambiar los precedentes por iniciativa propia sino también cuando las instancias jurisdiccionales inferiores pongan en su conocimiento la necesidad de realizar tal cambio (p. 132).

Podemos citar también como supuestos para flexibilizar el precedente y por ende facultar su apartamiento, los que en Inglaterra se presentan. Así:

- a. Un cambio de las circunstancias autoriza un cambio de la regla.
- b. El derecho se inspira en los principios de los cuales nacen o emanan las reglas establecidas. Si el precedente está en conflicto con las reglas y principios generales, no es obligatorio.
- c. La utilización de la máxima *cessante ratione cessat ipsa lex* (cuando cesa la razón para la regla, cesa la regla misma).
- d. El grado de flexibilidad y derogación del *stare decisis* varía en función de la materia sobre la que versa. (Es más flexible en el ámbito constitucional, debido a la lentitud de los cambios constitucionales, y a la urgencia de protección en esta ámbito) (Iturralde Sesma, 1995, p. 69).

En complemento con ello Sodero (2004) nos muestra otros supuestos para el abandono del precedente. Así corresponderá un apartamiento, ante:

- a. Precedentes “incorrectos”: si el precedente a abandonar consagraba una interpretación defectuosa o no suficientemente fundamentada de la norma, “los puntos de vista que hablan a favor del seguimiento de los precedentes –la salvaguarda de la seguridad jurídica– tienen que pasar a segundo plano”, a fin de que un “nuevo precedente” le devuelva a aquélla su significación originaria. Lo mismo puede predicarse respecto de los precedentes (incluso “no-interpretativos”) que creaban soluciones contrarias a la lógica, a la prudencia, desproporcionadas, etc. En tal sentido ya Blackstone decía que la obligación de someterse al precedente “admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más, si es claramente contraria a la ley divina. (...) La doctrina del derecho es entonces ésta: que los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos de que sean netamente absurdos o injustos”. Aceptado que el derecho extremadamente injusto “no es derecho”, el abandono de un precedente que lo establezca no

significará sino abandonar una “jurisprudencia” que en realidad nunca tuvo el valor de tal.

- b. precedentes “inconstitucionales” o “ilegales”: si la incorrección del precedente deriva de consagrar soluciones contrarias a la Constitución o a una ley válida, las objeciones al cambio también quedan absolutamente debilitadas, pues ninguna protección merece la confianza en tales precedentes, ni los tribunales pueden estar obligados a seguirlos; en un contexto tal puede presentarse una de esas situaciones en las cuales conferir efecto retroactivo a reglas jurídicas no sólo resulta tolerable sino que incluso puede ser realmente esencial para el avance del imperio del derecho (Sodero, 2004, pp. 235-236).

Agregando a lo dicho por Sodero, y para el caso peruano diremos que otro supuesto se constituirá en caso el precedente sea contrario a las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que por disposición constitucional y derecho internacional, nos encontramos sometidos a tales decisiones. Aguila Grados (2017), también se cuestiona sobre ello preguntándose qué sucedería si un precedente constitucional colisiona con la jurisprudencia vinculante emitida por un órgano internacional en derechos humanos (p. 242). Creemos de nuestra parte que en ese supuesto, el precedente nacional, tampoco resultaría obligatorio.

La desvinculación como se viene señalando, procederá excepcionalmente y bajo carga de argumentación jurídica reforzada, ya que una desvinculación sin motivación, no resultará válida, e incluso acá si cabría algún tipo de responsabilidad funcional del juez.

Existen como se ha dicho supuestos válidos que justifican el apartamiento de los precedentes, pero más allá que el mismo debe ser una excepción a la regla del seguimiento, cuando se lo haga se deben emitir y ponderar las razones suficientes que los justifiquen con la concurrencia de los supuestos que señalamos y con los que de acuerdo al caso concreto se puedan presentar.

Además de ello en líneas generales y dado que existiría un cambio de línea jurisprudencial, se debe cuidar que dicho cambio produzca un bienestar generalizado mayor y una progresión en el Derecho. No se podrá permitir un apartamiento si ello ocasionaría un daño tal que afecte la seguridad jurídica.

Ratifica nuestra postura lo que Rivera Santiváñez (2007) recomienda al decir que, con el fin de preservar el principio de la seguridad jurídica, se impone un plus argumentativo que obliga a variar las decisiones sólo en aquellos casos en los cuales el cambio jurisprudencial constituya la única o la menos costosa de las opciones interpretativas posibles. No podrá operar por ejemplo por premisas falsas. Debe guiarse por un test fuerte que exige la demostración de razones imperiosas que, lejos de resolver una cuestión coyuntural, se proyectan en el horizonte constitucional como la mejor interpretación sostenible, para todos los casos posibles, de la Constitución Política del Estado (pág. 172).

Ahora bien, no cabe duda que también en aras de garantizar la seguridad jurídica y de evitar un descontrol en la facultad de

apartamiento que se otorgue a los jueces, las decisiones que así se emitan deben estar sujetas al control respectivo. El mismo deberá quedar a cargo de los entes supremos que emitieron el precedente (Tribunal Constitucional y Corte Suprema, en el caso peruano), a través de los recursos impugnatorios que la ley consagra, de modo que - respectivamente – será a través de la Casación o Recurso de Agravio Constitucional que dichos entes revisen la validez de los nuevos argumentos, y de convalidarlos podrán extenderlos con efectos generales imponiendo una nueva línea jurisprudencial vinculante. Allí el dinamismo que debe guiar también al precedente.

2.10 ¿RESPONSABILIDAD POR APARTAMIENTO O DESVINCULACIÓN DEL PRECEDENTE?

Planteamos esta interrogante ya que en el caso peruano se ha llegado a establecer que un apartamiento de los precedentes vinculantes conlleva responsabilidad funcional y hasta penal en los jueces. Tal situación merece la debida respuesta, considerando desde ya que establecer sin más dichas responsabilidades constituye un exceso.

Partimos señalando que de acuerdo a las normas que han instaurado los precedentes vinculantes en nuestro país, no resulta factible la desvinculación de los mismos. Además que tanto el Tribunal Constitucional, el órgano de control del Poder Judicial, el Ministerio Público, y el Consejo Nacional de la Magistratura⁸; han establecido que un apartamiento del

⁸ Hoy Junta Nacional de Justicia.

precedente genera responsabilidad funcional, administrativa y penal, llegando a efectivizar sanciones administrativas, destitución de magistrado y hasta denuncias penales por prevaricato.

Ahora, tenemos que ha sido el propio Tribunal Constitucional quien se ha encargado de ratificar que sus precedentes son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces ordinarios; pero ha ido más allá y ha establecido que si se resuelve contrariamente a ellos se incurriría en prevaricato.

Apréciese al respecto lo que ha manifestado:

...Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial” (STC 006-2006-CC/TC-Caso Casinos Tragamonedas. FJ 43).

...Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante” (STC 00001-2010-CC/TC. FJ 26).

Por otro lado el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que la obligatoriedad del cumplimiento de los precedentes vinculantes, no afecta la independencia judicial, y, además que los jueces ordinarios no pueden recurrir a ella para desconocer los precedentes. Así, se tiene establecido que:

...cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2º, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última ratio en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución)” (STC 0030-2005-PI/TC, Caso Ley de la Barrera Electoral. FJ 48).

...Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138º de la Constitución) y a la independencia (artículo 139º, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella... Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos...El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138º de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado. (STC 006-2006-CC/TC Caso Casinos Tragamonedas. FJ 44-46).

Por otro lado se tiene que la obligatoriedad en el cumplimiento de los precedentes del Tribunal Constitucional por parte de los Jueces del Poder Judicial, bajo responsabilidad, ha sido establecida por el órgano de control

de este poder del Estado, esto es la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), quien en la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA, de fecha 13 de marzo de 2006, publicada el 4 de abril del 2006 en el Diario Oficial El Peruano, ha dispuesto:

...que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-AP/TC, publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse”.

Sobre esto cabe mencionar la reacción inmediata de parte del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ente que con fecha 05 de abril de 2006, emitió un comunicado en el que establecía que:

...Conforme a los artículos 138 y 139, inciso 1, de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la Constitución y las leyes. Los magistrados judiciales solo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en los artículos 146, inciso 1, de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Más allá de la crítica que pueda merecer el órgano de control del Poder Judicial por pretender someter sin más a los jueces a los precedentes; lo cierto es que la reacción del órgano de gobierno administrativo (Consejo Ejecutivo) del Poder Judicial, evidencia las pugnas y tensiones entre la posición que pretende imponer el Tribunal Constitucional y la labor judicial que se debe desarrollar con independencia y sin influencias o interferencias de ninguna forma y lado. Esa tensión también ha sido materia de debate a

nivel académico y doctrinario. Constituye también uno de los aspectos de nuestro trabajo.

Pero siguiendo con la alegada responsabilidad, el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante constituye el tipo penal de prevaricato. En efecto así lo ha establecido la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 2010. Al respecto esa supuesta configuración del delito de prevaricato proviene de lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente número 00001-2010-CC/TC-LIMA, y ha sido en base a ello que la Fiscal de la Nación casi de manera automática precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En otro aspecto de las alegadas responsabilidades en los jueces se ha llegado al extremo de destitución de magistrados. Como muestra de ello podemos citar las Resoluciones N° 088-2010-PCNM, y, N° 082-2011-CNM; por intermedio de las cuales el Consejo Nacional de la Magistratura ha destituido al Juez Luis Ezequiel Correa Mantilla, por inaplicar un precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

Lo que hemos anotado son muestras de la forma y grado de responsabilidad que en nuestro país se ha considerado para los jueces que

se hayan apartado o no seguido los lineamientos de los precedentes constitucionales vinculantes. De nuestra parte creemos que la responsabilidad en la forma señalada y las sanciones impuestas resultan excesivas.

La situación narrada no puede dejar de ser preocupante para los jueces ordinarios, ya que prácticamente los “ata” a resolver conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, que por más jerarquía y nivel normativo que tenga, no puede ser considerada a ultranza como la única interpretación válida; pero atendiendo al contexto narrado y aun cuando un juez pueda considerar arcaica, injusta o inadecuada una solución al caso concreto ya señalada por el Tribunal Constitucional, no podría resolver de modo distinto, no porque sea lo más correcto, sino por el temor de ser sancionado por responsabilidad funcional, denunciado penalmente y hasta destituido. Ello creemos no puede seguir siendo así.

Debemos precisar sin embargo que se reconoce la importancia de los precedentes y la obligatoriedad del cumplimiento o seguimiento de los mismos, sin embargo es la absoluta rigidez e imposibilidad de desvinculación o apartamiento justificado lo que es cuestionable, y más aún que se impongan sanciones como las señaladas.

Lo dicho no significa sin embargo que en caso un juez resuelva desconociendo lo fijado en el precedente o, sin motivación alguna, no sea susceptible de ninguna consecuencia. Así, si por ignorancia no aplica un precedente que correspondía aplicarse puede decirse que no está cumpliendo adecuadamente sus funciones, ya que es su obligación

resolver conforme a los precedentes. Por otro lado, si aun reconociendo al precedente resuelve contra el mismo, pero sin ninguna argumentación, o sin una argumentación válida, la decisión que adopte será incorrecta.

La sanción en estos casos tiene que ser una sanción distinta a la que corresponda al delito de prevaricato o a la destitución del magistrado; debe estar relacionada más bien a la invalidez de la decisión asumida, y si correspondiese, una responsabilidad funcional del magistrado.

Castillo Córdova (2008) va en esa línea señalando que las determinaciones que de las disposiciones abiertas, vagas e imprecisas realiza el Tribunal Constitucional a través de los precedentes vinculantes, conforman en sí mismas derecho, y además de rango constitucional. La sanción de no sujetarse al precedente vinculante viene a ser la misma que la sanción por no sujetarse a la Constitución: la invalidez jurídica. Aunque, como se dirá inmediatamente después, esto no significa considerar al juez como mero autómatas que actúa como boca muerta que repite el contenido del precedente vinculante (p. 15).

La doctrina extranjera también establece que es la decisión la que debe sancionarse. El juez podrá apartarse, pero no “sin justificación expresa” y con “nuevos” fundamentos distintos a los ya evaluados por la Corte. Si la sentencia del juez inferior desconoce la doctrina judicial de la Corte sin dar motivos valederos para no seguirla, padece del vicio de arbitrariedad y podrá impugnarse a su turno por el recurso extraordinario (Sagüés, 2007, pp. 145-146).

Un cuestionamiento a la responsabilidad disciplinaria o penal lo realiza también Beloso Martín (2018), precisando que:

... puede darse el caso de que el propio Tribunal Supremo llegue a convencerse por sí mismo, o por argumentos derivados de los propios litigantes o de órganos jurisdiccionales inferiores, de que un determinado criterio interpretativo seguido por él era equivocado; y ésta sola posibilidad es por sí misma suficiente para desarticular cualquier veleidad respecto de un posible cambio del sistema. Ante esta situación habríamos de preguntarnos, qué significaría una vinculación más fuerte que la tradicional de la jurisprudencia: “¿Habría que sancionar disciplinariamente al juez que ignora la jurisprudencia? ¿Sería la heterodoxia jurisprudencial asimilable a la prevaricación? ¿Se trata de ampliar la responsabilidad por error judicial? Estos son caminos muy peligrosos por muchas razones. Y no hay que olvidar que la propia jurisprudencia, pese a los avances de las bases de datos, se ha hecho cada vez más difícil de conocer y esto es algo que tiene que ver con dos fenómenos que debemos estudiar con más atención: hay demasiada jurisprudencia—o mejor, hay demasiadas sentencias del Tribunal Supremo— y hay quizá demasiada inestabilidad en los criterios jurisprudenciales” (p. 277).

Las sanciones que pudiesen corresponder por no seguir el precedente, están referidas más bien a la sanción de la decisión, y en cuanto no se fundamente o motive ello. Se ha dicho en ese sentido que una resolución de un juez ordinario que contradiga el precedente sentado por el Tribunal Constitucional sin una fundamentación de la razón por la cual se aparta del mismo constituye una vía de hecho, en la medida que constituye un desconocimiento del ordenamiento constitucional (Nogueira Alcalá, 2006, p. 117).

En correlato con lo que se tiene anotado, si bien podría existir algún tipo de responsabilidad por no seguir el precedente, ello debe generar una sanción pero en la decisión asumida, y solo cuando ese no seguimiento se haya

realizado sin la motivación requerida. En contrapartida y concluyendo, si la desvinculación o apartamiento del precedente se realiza con la debida motivación no tiene porqué establecerse ningún tipo de responsabilidad.

2.11 LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

2.11.1 Antecedentes y noción de independencia judicial

Como ya se ha visto la división o separación de poderes constituye un presupuesto básico para hablar de la independencia y autonomía judiciales. En un contexto en que el poder del Estado se encuentra dividido, para cumplir cabalmente sus funciones el Poder Judicial necesita actuar con independencia y alejado de cualquier tipo de presiones o subordinaciones.

Gonzales Mantilla (2009) presenta una reseña sobre la aparición de la independencia judicial, señalando lo siguiente:

...Frente al modelo de organización judicial que agrupa a los jueces como integrantes de un “cuerpo de soldados” del rey, luego de la Revolución francesa surge la noción de independencia como reivindicación frente al monarca. En el primer caso, se refleja la idea de un juez -según recuerda el profesor ROMBOLI- sujeto en sus decisiones a las influencias del monarca, el cual, mediante los poderes que se le reconocían, influía de diversa forma en los jueces, de manera tal que estos concluyeran, según cada caso, con una decisión favorable o contraria al imputado. Precisamente, la noción de “independencia” surge como herramienta para enfrentar este problema; es decir, para garantizar al ciudadano un juicio imparcial que se sobreponga, aun de modo incipiente, al poder centralizado del rey. Se dispuso, entonces, que de ser un cuerpo al servicio de “Su Majestad”, el cuerpo de jueces sea sometido únicamente a la ley. Se entiende que solo la ley, como expresión de la soberanía nacional, podrá regular la materia del ordenamiento judicial y su respectiva

organización. La primera vez que un texto normativo refiere esta idea proviene del artículo 17 de la ley revolucionaria francesa sobre el ordenamiento judicial del 16-24 de agosto de 1970, que prescribe: “El orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser turbado, ni los justiciables podrán ser apartados de sus jueces naturales, mediante ninguna comisión ni otras atribuciones o evocaciones que no fueran las determinadas por la ley”. Este principio se fortalece en el artículo 4 del capítulo V, título III, de la Constitución Francesa de 1971, donde la expresión “juez natural” es sustituida por la de “juez asignado por la ley”. El sometimiento del juez a la ley permite la configuración de un tipo de función jurisdiccional de estrechos lazos con el desempeño de un servicio público y de rasgos esencialmente técnicos, como característicos de su actividad (p. 65-66).

La concepción de un Estado Constitucional y democrático de Derecho, ha requerido de un actuar independiente del Poder Judicial, ya que las sociedades requieren de un funcionario público encargado de administrar justicia a nombre del Estado, aplicando las normas generales y abstractas a los casos concretos y realizando dicha labor con independencia de criterio.

Arrubla Paucar (2007), nos recuerda ciertas nociones de la independencia del poder judicial, precisando que se la puede entender como “la imparcialidad y la independencia y la libertad de los jueces respecto a cualquier forma de instrucciones o de intereses propios”. La imparcialidad de los jueces “es un principio de derecho justo” y también que equivale a una suma de virtudes en el juez (p. 307).

Cabe decir al respecto que se presentan en realidad una variedad de nociones o definiciones de lo que significa independencia judicial. Así, por ejemplo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se establece que los jueces y magistrados son independientes

respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. El Poder Judicial, incluso en esta época se encuentra siempre luchando para defender su autonomía frente a las demás ramas del poder público y frente a la sociedad misma en general, ya que su autonomía e independencia constituyen una condición esencial para la existencia de una democracia.

En efecto, los poderes públicos de un Estado deben respetar la independencia recíproca que les corresponde por mandato constitucional. Es así como funcionan las democracias y concretamente, la independencia de los jueces se mide por el respeto y acatamiento de sus decisiones, así no se comparten. En ese mismo orden de principios, son los mismos poderes del Estado los primeros llamados a respetar las decisiones judiciales. A su vez, la independencia judicial de una sociedad brinda la medida de cómo funciona su democracia (Arrubla Paucar, 2007, p. 310).

Andruet; en relación a la definición o concepción de la independencia judicial, señala que se la entiende:

“... como una garantía inmunitaria existente en los jueces, en virtud de la cual, todas aquellas cuestiones que puedan ser consideradas afectatorias a las propias creencias, convencimiento, percepción o juicio del magistrado deben ser evitadas y para el supuesto caso, que se insista con ellas, el juez está en condiciones operativas de denunciar la intromisión y hacerlas cesar por los caminos que la propia ley dispone”. Precisa además que de no existir independencia judicial, tampoco existiría confianza pública en el Poder Judicial. En efecto, “sin ella, los jueces, se convertirán en personas despreciables para la sociedad, serviles a quienes ejercen el poder que a ellos mismos atemoriza y podrá decirse de ellos, que son verdaderos corruptores cívicos” (p. 1).

2.11.2 Contenido y alcances de la independencia judicial

Siles Vallejos (2011), estableciendo el contenido y alcance del concepto de independencia judicial, señala que:

...Un órgano jurisdiccional es independiente cuando juzga y decide los procesos a él sometidos sin interferencias indebidas de ninguna otra autoridad o persona, sino únicamente de acuerdo a los hechos probados del caso y en aplicación estricta del Derecho. El concepto de independencia judicial remite, entonces, a una actuación funcional del juez que no se subordina a órdenes o presiones indebidas de ninguna clase ni de ningún sujeto público o privado.

...Se trata de un concepto negativo (la ausencia de subordinación o vínculos indebidos), por lo que, por su propia naturaleza, es difícil identificar y medir la independencia judicial (o su contrario, la dependencia o subordinación). De allí que, por contraste y para mayor claridad, se suele decir, en positivo, que los jueces independientes solamente están sometidos al Derecho que deben aplicar para decidir los litigios” (p. 27).

En el año 1985, las Naciones Unidas, en el séptimo congreso, sancionaron los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura y constituyen el primer ordenamiento jurídico internacional en el que se formulan estándares de comportamiento ético para jueces. El documento contiene los principios para la promoción y aseguramiento de la independencia judicial, dirigidos a los Estados miembros de las Naciones Unidas. De estas formulaciones merecen destacarse los siguientes principios:

...• La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

• La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si

una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

- No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los Tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.
- El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
- Cada Estado miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones (Arrubla Paucar, 2007, pp. 308-309).

Existen pues diversos aspectos para considerar la existencia de independencia judicial, pudiendo en síntesis establecer que garantiza que el juez en su accionar y cumplimiento de sus funciones, no puede ser presionado ni subordinado por situaciones externas o ajenas a su criterio, debiendo resolver con sujeción a la Constitución y la ley; es decir, por la independencia judicial los jueces no pueden estar sujetos a otras situaciones, ni sometidos a ningún otro ente. Siendo así, es evidente que los jueces cuentan con un amplio margen para decidir autónomamente aquellas controversias que se someten a su conocimiento.

Independencia judicial, sin embargo no significa que la justicia no pueda colaborar con las demás ramas en conseguir los fines del Estado como ordena la constitución; pero de allí a tener que atender instructivas gubernamentales o deber sintonizarse con políticas de gobierno para decidir los procesos judiciales, en un equivocado entendimiento de lo que debe ser dicha colaboración

armónica, es por lo menos un despropósito (Arrubla Paucar, 2007, p. 307).

2.11.3 Clasificación de la independencia judicial

La independencia judicial admite clasificaciones desde varias perspectivas, estableciendo acá las que consideramos tienen mayor consenso y relación en lo que corresponde a este trabajo.

Por un lado puede hablarse de independencia externa e interna.

La independencia externa se presenta cuando el órgano jurisdiccional está libre de interferencias o presiones indebidas de actores que no pertenecen al aparato judicial. Por ella, el Poder Judicial además de estar separado de los demás poderes, no acepta ni tolera ninguna intromisión en la esfera de las decisiones jurisdiccionales, sean ellas generadas por los restantes poderes estatales o por los poderes meta o para-estatales.

La independencia interna, se presenta cuando los órganos jurisdiccionales se hallan libres de subordinación respecto de la cúpula judicial o de los tribunales superiores. Se la conoce también como independencia funcional, y está relacionada con la estructura institucional del Poder Judicial donde si bien, no existen jueces que resulten ser subalternos de otros magistrados, es posible que instancias superiores pretendan disponer una determinada orientación a los jueces de menor instancia, afectando así, su libre y natural discernimiento jurisdiccional (Siles Vallejos, 2011, p. 28).

Otra clasificación está relacionada con el sujeto sobre el que eventualmente puedan recaer las presiones indebidas, y con ello afecten la independencia judicial, y en ese contexto se habla de independencia individual e independencia institucional.

La independencia individual está referida a de cada juez, de manera personal o singular.

La independencia institucional – conocida también como autonomía del Poder Judicial – está referida todo el Poder Judicial como institución (Siles Vallejos, 2011, p. 29).

También se admite una diferenciación entre independencia objetiva e independencia subjetiva.

La independencia objetiva está basada en una inmunidad organizativa que exige la abstención de cualquier injerencia de los poderes del Estado, incluyendo a la misma Suprema Corte de Justicia en la organización y funcionamiento administrativo e instrumental de los tribunales.

La independencia subjetiva es la que constituye la esencia misma de la función jurisdiccional, en cuanto supone una inmunidad en la actuación que atañe a los cometidos sustanciales de la magistratura sobre la que debe proyectarse la ausencia de injerencias de los otros poderes (Chaires Zaragoza, 2004, p. 531).

Como se ha visto, la doctrina no contempla un solo concepto de independencia judicial. Ahora para los efectos de éste trabajo lo que

resulta más trascendente es la independencia personal, es decir, la del juzgador al momento de dictar sus resoluciones. Sobre ello como lo ha referido Chaires Zaragoza (2004) se pueden consagrar en un sistema jurídico todas las garantías necesarias para que un juez sea independiente, sin que sirvan de nada si no es moralmente independiente. Resulta necesario, pues, que se articule y respete la independencia objetiva o externa del Poder Judicial, así como la independencia subjetiva o funcional, para el buen funcionamiento del Poder Judicial, ya que sin la una, difícilmente puede existir la otra. Por lo tanto, cuando hablamos de independencia de los jueces, de independencia judicial o de independencia del Poder Judicial, se está hablando de una misma cosa, aunque se considere con matices diferenciados; lo que se pretende, finalmente, es asegurar la actuación correcta y objetiva del juzgador (p. 531).

El reconocimiento de la independencia de los jueces es de suma importancia. Ahora para los efectos de este trabajo y conseguir la actuación correcta y objetiva del juzgador, también debe estar liberada de las influencias o imposiciones rígidas y absolutas de los precedentes o los altos tribunales como el Tribunal Constitucional o los jueces de la Corte Suprema; ya que más allá de las jerarquías funcionales, lo que debe guiar las decisiones jurisdiccionales son los argumentos y razones.

Al respecto se señala bien cuando se precisa que el ámbito jerárquico de la organización del Poder Judicial es otro de los aspectos a considerar dentro de la independencia del juzgador, ya que éste también tiene que ser independiente ante sus superiores jerárquicos, pues al ejercer su función no está en la misma situación de cualquier funcionario ordinario de la administración. “Ejercitando la potestad jurisdiccional - dice Montero Aroca - no hay superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley” (Chaires Zaragoza, 2004, p. 534).

En cuanto al aspecto objetivo, y esta vez respecto a la imposición que en los jueces pretende introducir el Tribunal Constitucional, para resolver los casos bajo su conocimiento, debe reconocerse que la independencia objetiva exige una organización que excluya intromisiones indebidas de otros poderes y fuerzas del Estado, evitando que cualquier tipo de influencia pudiera mermar o interferir de manera directa o indirecta en la independencia personal que debe caracterizar al juez en el ejercicio de sus funciones. Este aspecto se vería afectado si no se reconoce en el Poder Judicial, personificado en sus jueces, la facultad de analizar la corrección de los criterios o reglas fijadas en los precedentes vinculantes constitucionales, o, si se avalaría esa obligatoriedad y rigidez absoluta del precedente que incluso bajo responsabilidad funcional, y penal ha impuesto el propio Tribunal Constitucional.

2.11.4 Importancia de la independencia judicial en un Estado Constitucional de Derecho

Hemos desarrollado en el rubro Poder Judicial de este trabajo⁹, la importancia del mismo en el Estado Constitucional de Derecho, por lo que el presente apartado constituye un complemento, con la mirada hacia la independencia judicial; que en estricto alude más a la personificación de este poder del Estado en los jueces. En ese sentido ambos apartados deben entenderse como complementarios.

En relación a la importancia de la independencia Judicial, Day O'Connor (2003), indica que:

“La independencia judicial no es un fin, sino el medio hacia un fin. Es la médula del imperio de la ley que da a la ciudadanía la confianza en que las leyes se aplicarán justa e igualmente. En ninguna otra parte se evidencia más patentemente este interés que en la protección judicial de los derechos humanos, otro de los temas que se abordarán en los grupos de discusión. La independencia judicial hace posible que los jueces adopten decisiones poco populares...La independencia judicial también hace posible que los jueces adopten decisiones que son contrarias a los intereses de otras ramas del gobierno. Los presidentes, ministros, legisladores a veces se apresuran a encontrar soluciones convenientes a las exigencias del momento. Una judicatura independiente está en condiciones de reflexionar sobre el efecto de esas soluciones sobre los derechos y la libertad, y debe actuar para asegurar que esos valores no se socaven. La independencia es la fuente de donde emana el coraje necesario en el servicio a esta función del imperio de la ley. Cada país imprimirá su propio sello al sistema legal que establece, pero algunos principios trascienden las diferencias nacionales. La importancia de una judicatura fuerte e independiente es uno de estos principios. Sin embargo, en tanto que es bastante fácil convenir en que la independencia judicial es indispensable para defender el imperio de la ley, mucho más

⁹ Apartado, 2.5.2 “Importancia del Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho”.

exigente es la tarea de llevar estos preceptos a la práctica” (p. 5).

La idea de la independencia del Poder Judicial nace con el concepto mismo del Poder Judicial y aparece como antítesis del poder absolutista, como un elemento fundamental en la vida democrática de todo Estado de Derecho. La idea de la independencia del juez por su parte, va indisolublemente unida a la concepción del Estado constitucional. Para llegar a identificar la función independiente del juez, fue necesaria la conceptualización del Poder Judicial como tercer poder del Estado basado en una división tripartita de poderes. Así:

...el Poder Judicial como parte integral del Estado y consecuentemente de la soberanía nacional que debería ser una emanación del pueblo y no de una sola persona; en el constitucionalismo liberal, los jueces y magistrados reclamaron la independencia para garantizar que la actuación interpretativa de sus leyes, aplicándolas al caso concreto, fuera libre y no sometida a ninguna otra. En el aspecto práctico el constitucionalismo liberal hizo dogma de la independencia del Poder Judicial, sin incluir dentro de ella el estatus del juez en su dimensión individual, incorporándola a un cuerpo estructurado burocráticamente y con un elevado índice de jerarquización. Como bien señala Loewenstein, “la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que le hayan sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de poder, constituye la piedra final en el edificio de Estado democrático constitucional de derecho” (Chaires Zaragoza, 2004, p. 524).

Conforme a lo que venimos señalando y lo referido a la importancia de un Poder Judicial independiente, podemos concluir que se presenta como premisa inexcusable del Estado democrático de Derecho, el establecer sistemas judiciales en los que se garantice el principio de independencia, a cuyo servicio se estructuran los de legalidad, inamovilidad y remuneración, actuando como

contrapartida de dicha independencia el principio de la responsabilidad de los jueces, y como elementos para su correcta determinación la transparencia de las actuaciones judiciales y un adecuado sistema de información a los ciudadanos (Chaires Zaragoza, 2004, p. 538). De allí que en el respeto a los precedentes vinculantes los jueces deben ser responsables con su seguimiento, pero como contrapartida y bajo el manto de un Estado Constitucional de Derecho, jamás podrá admitirse un seguimiento ciego o mecánico, debiendo cuando corresponda y con la carga argumentativa suficiente, apartarse de los precedentes, si ello implica una mejor protección a los derechos ciudadanos.

En el caso peruano esa importancia ha sido recogida en la Constitución Política, que en su artículo 139, inciso 2; reconoce la independencia judicial, como principio de la función jurisdiccional; además el artículo 146^o establece que el Estado garantiza a los magistrados judiciales, su independencia y que éstos sólo están sometidos a la Constitución y la ley. Existe pues el respaldo constitucional debido que sustenta la independencia judicial a la cual se extiende los conceptos y consideraciones vertidas.

No debemos olvidar sin embargo que la historia pasada y reciente con relación al poder judicial se caracteriza en el mundo entero por la permanente lucha para defender su autonomía frente a las demás ramas del poder público y frente a la sociedad misma en general; y, que en nuestro caso, si las consideraciones actuales

sobre el precedente vinculante están afectando en algún grado a la independencia judicial, se debe seguir la lucha que corresponda y desterrarlas debidamente.

2.12 ¿AFECTAN LOS PRECEDENTES VINCULANTES A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL?

La recepción de los precedentes vinculantes en el sistema del *civil law* en general ha producido consecuencias positivas; sin embargo, no se encuentra ajena a cuestionamientos, que están relacionados principalmente con la independencia judicial. En efecto, si se entiende por independencia judicial el que los jueces no pueden estar sujetos a influencias externas o de cualquier naturaleza para resolver los casos sometidos a su conocimiento, puede resultar válido cuestionarse si las reglas impuestas en los precedentes vinculantes, que obligan a los jueces a aplicarlas, no significa un atentado a esa independencia judicial.

En ese contexto es que también hemos planteado el desarrollo del presente trabajo, que busca determinar si los precedentes vinculantes afectan *per se* a la independencia judicial, o en su caso, en que forma o grado se presenta alguna afectación.

La doctrina también se ha preguntado por ejemplo, si la autoridad de los jueces depende de su sometimiento pleno, absoluto y exclusivo al imperio de la ley, ¿en qué medida el precedente estaría poniendo en peligro la propia autoridad de la ley a favor de la autodeterminación de los jueces? Existen posiciones en ambos sentido para tales cuestionamientos, pues los

defensores de los precedentes judiciales aducen que aportan seguridad e igualdad: a casos iguales, sentencias iguales; por su parte los detractores, advierten del peligro que conlleva para el principio de legalidad y de independencia judicial, implicando una pérdida de autonomía judicial (Belloso Martín, 2018, p. 207).

Para dar una respuesta deben evaluarse y ponderarse el fundamento y las ventajas que pueden otorgar el seguimiento de los precedentes vinculantes, y el grado o nivel de afectación que pueda sufrir la independencia judicial, no sin dejar de vista que como respecto de cualquier derecho o principio – incluso constitucional – no existen conceptos absolutos.

En relación a las ventajas que aporta el precedente judicial a un sistema de Derecho codificado, se han considerado las siguientes:

Primera ventaja. Concretamente, esta técnica permitiría, en primer lugar, suprimir la reiteración o repetición innecesaria de decisiones judiciales y, en segundo lugar, homogeneizar los niveles jurisprudenciales, relativizándose en consecuencia la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores [Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional] para dar cabida a los precedentes de todos los tribunales. De este modo se relativiza, en definitiva, la fuerza vinculante del precedente, tradicionalmente ligada a la doctrina del Tribunal Supremo.

Segunda ventaja. La doctrina del precedente judicial sirve de mecanismo armonizador, acercando los dos sistemas de Derecho antagónicos: sistema de civil law vs. sistema de common law. Desde el punto de vista funcional se liman asperezas para suavizar el antagonismo clásico entre ambos sistemas de Derecho.

Tercera ventaja. La técnica del valor vinculante del precedente consolida la finalidad unificadora del sistema de recursos — permitiendo así completar la necesidad de acudir a un sistema general de recursos— y opera como garantía de consagración de la actividad de los tribunales inferiores como motores de evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores.

Cuarta ventaja. La técnica del precedente potencia en el proceso judicial el desarrollo de una relación dialéctica entre datos jurídico-formales, por una parte, y ético-sociales, por otra. La estrechez de perspectivas impuesta por el proceso judicial comporta el riesgo de que los jueces no tengan en cuenta el trasfondo social del caso que les es sometido a examen. El recurso activo a la técnica del precedente judicial les permite hacer un seguimiento de los resultados tanto de decisiones anteriores como de sus propias decisiones y, en su caso, corregirlas. En conclusión, mediante el recurso efectivo al precedente los jueces y tribunales pueden controlar el producto de su acción y su impacto social? (García-Berrio Hernández, 2006, pp. 146-148).

Más allá de las ventajas que se puedan señalar, lo cierto es que el respecto al precedente se sustenta en principios de orden constitucional y de suma importancia. Sobre ello, recordemos que la existencia de diversos criterios jurisprudenciales en la resolución de casos concretos, y, debido a la posibilidad de que cada uno de los jueces resuelva según su propio criterio, resulta factible que hechos similares o análogos, tengan una respuesta o una solución jurisdiccional distinta; esto obviamente puede generar desigualdad e inseguridad jurídica, y ello a su vez genera la desconfianza ciudadana en el sistema jurídico y su modo de operar. Una solución a dicha problemática se ha dado a través del establecimiento de precedentes vinculantes, de modo que casos de la misma y análoga naturaleza se resuelvan de la misma manera.

Sobre ello Gálvez Villegas (2012), tiene señalado que para superar esta inconveniencia es que se ha pensado en la plasmación de criterios vinculantes expedidos por los propios órganos jurisdiccionales de la máxima jerarquía, de tal suerte que se pueda enrumbar y limitar la discrecionalidad de los operadores judiciales, respecto a la interpretación y aplicación de la ley, en la resolución de casos concretos. Agrega que

tratándose de casos de la justicia constitucional, en los que el Tribunal Constitucional es la máxima instancia jurisdiccional, y habiéndosele reconocido la supremacía del Tribunal en la interpretación de la Constitución frente al resto de los órganos jurisdiccionales, se asume que a través de los precedentes vinculantes se establecen los criterios generales vinculantes para los demás operadores en la resolución de casos futuros (pp. 128-129).

Hemos ya precisado anteriormente que el fundamento de los precedentes es el respeto al derecho a la igualdad, la seguridad y predictibilidad jurídica, principios que tienen preponderancia dentro del Estado Constitucional de Derecho.

El principio de igualdad en la aplicación de la ley, en efecto justifica el deber de cumplir con los precedentes; ya que de no ser así la igualdad se vería vulnerada si lo resuelto en casos idénticos es no sólo distinto, sino también contradictorio (Landa, 2010, p. 213)

Los precedentes vinculantes al implicar que los jueces deben seguir con los criterios en ellos establecidos, generan predictibilidad en las decisiones judiciales. La obligatoriedad de su seguimiento genera así mismo seguridad jurídica, ya que implica respetar las decisiones emanadas de los entes que por mandato legal tiene facultades de interpretación y decisión superiores y que cierran de ese modo los conflictos que se hayan sometido a su conocimiento.

Además, los principios que se ven asegurados con el respeto al precedente coadyuvan a garantizar el correcto funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho.

Recordemos al respecto por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, que las normas deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. Es de suma importancia ello también para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

En lo que compete al principio de igualdad, su justificación aparece con más claridad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez, y en todo caso si el propio Tribunal Constitucional o cualquier otro juez o tribunal no observa ni aplica el precedente obligatorio, al resolver un caso posterior que tenga supuestos fácticos análogos, vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas.

Constituye también otro fundamento considerar al precedente como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad,

ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos (Rivera Santibáez, 2006, p. 37).

Ante esos supuestos que justifican el precedente y la obligatoriedad de su seguimiento, sus detractores han recurrido a la independencia judicial para pretender desconocerlo o mejor dicho no reconocerlo como una fuente de Derecho.

Sobre ello, se trata, a primera vista, de un argumento constitucional irrefutable, en la medida que alude a la independencia de los jueces (artículos 138 y 139.2 de la Constitución). En efecto, en su versión más simple, el argumento puede resumirse así: los jueces, a la hora de decidir, solo pueden obedecer a la ley y a la Constitución, cualquier otro elemento extraño a estas dos “fuentes” debe entenderse como una amenaza a la independencia de los jueces (Grández Castro, 2007, pág. 87). Tal concepción – como el propio autor también lo señala - resulta insuficiente, y agregamos, muy simplista, que no ayuda a resolver la problemática planteada.

Deberá tenerse en cuenta sin embargo que hoy en día la independencia judicial no se considera como un concepto absoluto sino relativo; todos los tribunales son en algunas formas independientes y en otra, subordinados, de manera que no se pueden concebir completamente aislados. Contemplar la independencia como un valor absoluto, aludiendo la cuestión de sus límites, equivale a propugnar el aislamiento del juez respecto a la sociedad y el del Poder Judicial respecto a los demás poderes estatales;

es decir, contribuir a la sacralización de la justicia y a la consiguiente permanencia de lo que ha sido calificado como uno de los pocos mitos trascendentales que ha logrado subsistir hasta nuestros días (Chaires Zaragoza, 2004, pp. 529-530).

Lo referido por el citado autor es cierto. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene sentado ya que ningún derecho fundamental es absoluto, pudiendo existir limitaciones en resguardo de otros derechos que también tengan sustento constitucional, lo que de modo alguno significa una afectación o vulneración, más aún si el Estado Constitucional de Derecho, si bien requiere de una adecuada separación de poderes, ello no implica aislamiento, sino más bien que en el ejercicio de las funciones se logre un engranaje que al final culmine en una adecuada protección a los derechos fundamentales y respeto de la constitución.

Grández Castro (2007) ha precisado sin embargo que concebir la independencia de juez como sometimiento sólo a la Constitución y la ley se trata de una concepción tributaria de un modelo de organización jurisdiccional burocrática y sometida al "imperio de la ley" que simplemente ha incorporado un nuevo elemento en el cliché: la Constitución. No obstante, una simple invocación de la Constitución o la ley no resuelve el problema central de la actividad judicial en el Estado Constitucional. Al margen de los problemas que supone la presencia de una Constitución como norma jurídica impregnada de valores y que adopta la fórmula más de principios que de reglas, resulta innegable, a estas alturas, que los jueces en su actividad no resuelven el problema de su imparcialidad (fin

último al que sirve la propia independencia judicial), invocando solo la ley o la Constitución. Como ha precisado el propio Tribunal Constitucional, “los jueces no son más independientes por que se autogobiernen o porque decidan “soberanamente” desde su interioridad subjetiva las causas que la sociedad les plantea”. En consecuencia, la simple invocación de la ley o la Constitución, al parecer no resulta suficiente para “demostrar” o garantizar la independencia e imparcialidad judicial. En todo caso, “Es la labor en los casos diarios lo que permite constatar si dichas garantías pueden objetivarse, otorgando de este modo legitimidad al juez en el ejercicio de sus funciones”. En un contexto tal, la incorporación de la jurisprudencia en general o, en particular, del precedente constitucional, en el razonamiento de los jueces, no puede ser vista al margen del concepto de orden jurídico. En este caso, un orden jurídico que ha sido concretizado a través de las interpretaciones del órgano funcionalmente encargado para definir los términos vagos e imprecisos de la Constitución. Se trata, en buena cuenta, de superar aquella concepción del juez aplicador mecánico de la ley, para finalmente reconocer “que la independencia radica precisamente en la existencia de una decisión judicial basada no en una sola interpretación, sino en una posible dentro de las varias posibles que tendrá como marco necesario, además del texto de la norma, los propios valores constitucionales que la informan”. En consecuencia, la independencia no existe ex ante, sino que se reivindica en cada caso. El juez gana su independencia argumentando y expresando las razones por la que opta por una determinada comprensión del caso y de la propia ley (p. 87).

Ahora, invocar la independencia judicial, (agregamos, sin ninguna variable) para desacatar la jurisprudencia constitucional o el propio precedente, solo puede significar la comprensión del orden jurídico que se cierra sin la participación del ente calificado como órgano que concreta las normas constitucionales. En este sentido, se ha hablado de “coherencia interna del ordenamiento jurídico” o también del principio de “unidad interpretativa” de la Constitución que se verían burlados de no acatarse las interpretaciones vinculantes del Tribunal Constitucional. Sea como fuere, el orden jurídico del Estado Constitucional resulta incompleto sin la participación del Tribunal Constitucional, como órgano calificado para la tarea de la interpretación de la norma con mayor grado de indeterminación y que, sin embargo, contiene los valores y principios sobre los que asienta la misma estructura del Estado Democrático (art. 1 de la Constitución). Por ello es que tampoco resulta aceptable la tesis según la cual, el uso de los precedentes constituye límite o excepción al principio de independencia, en la medida que la independencia de los jueces no puede constituirse al margen del orden jurídico constitucional, y menos aún puede servir de argumento para dejar fuera del razonamiento judicial las precisiones autorizadas de la norma suprema del Estado (Grández Castro, 2007, pp. 88-89).

Atendiendo a lo dicho y a la potestad del Tribunal Constitucional y de los jueces de la Corte Suprema de la República de fijar precedentes vinculantes, podemos convenir que – en principio – el establecimiento de tales precedentes y la vinculatoriedad para resolver conforme a lo que en ellos se ha expuesto, no afecta la independencia judicial; ya que como todo derecho o garantía constitucional también puede ser limitado, y aun cuando

se pueda considerar que existe una afectación esa afectación es de grado menor o leve, que incluso realizando un test o análisis de proporcionalidad sería superado en favor de los precedentes y su obligatorio cumplimiento. Además de ello, no discutimos que el establecimiento de precedentes vinculantes en general resulta siendo positivo, ya que propicia la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley, la predictibilidad, y, genera también economía procesal.

Ahora bien, aceptar cierto tipo de vinculación al precedente, no implica falta de independencia del juez. Cosa distinta – como más adelante señalamos – es la rigidez absoluta del precedente y la generación de responsabilidades ante un posible apartamiento del mismo.

Resulta claro que tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial son autónomos e independientes, y que ambos órganos tienen la facultad de controlar e interpretar la Constitución, debiendo reconocerse que en cuanto al ejercicio de la función de control de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ostenta una posición prevalente sobre los jueces del Poder Judicial (Castillo Córdova, 2008, p. 65). Del mismo modo la interpretación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, resulta prevalente sobre los demás órganos jurisdiccionales.

Esa posición interpretativa prevalente, no puede sin embargo reducir o hacer desaparecer la capacidad de interpretación de los jueces al momento de resolver, que por más que se encuentren ligados a seguir los precedentes, no pueden encontrarse absolutamente obligados a su seguimiento mecánico o automático. Una imposición en ese sentido si

constituye un grado de afectación a la independencia judicial. Así, para demostrar esa afectación puede establecerse un argumento equivalente al de porque no consideramos que el precedente vulnera la independencia judicial; en efecto: si la independencia judicial no es un concepto absoluto y puede ser limitado por la obligatoriedad del precedente; del mismo modo tal obligatoriedad no puede ser absoluta, ni reducir la independencia en el accionar de los jueces.

En cuanto a la función de los jueces se tiene que ésta siempre debe estar guiada por la racionalidad, ya que el juez no es “ni órgano ciego ni señor del Derecho”. Bajo ese contexto la doctrina también reconoce que la vinculación absoluta afecta la independencia judicial. Ello por cuanto:

...Los tribunales inferiores, al estar constreñidos a resolver conforme a la jurisprudencia, se han visto limitados en su independencia y autonomía, porque se ven impedidos para realizar la interpretación de la norma, pasando a ser meros aplicadores del precedente judicial (Belloso Martín, 2018, p. 288).

En efecto la obligatoriedad absoluta de seguir los precedentes aun cuando los jueces no estén conformes con los criterios o reglas establecidas, o lo consideren errados, injustos, desfasados, y que por su parte ofrezcan una mejor argumentación; implicaría que en realidad resultan meros aplicadores del precedente, lo que evidencia una afectación a la independencia de los jueces.

Estableciendo la obligatoriedad del precedente, Castillo Córdova (2008) señala que la vinculación predicada de la interpretación que se contiene en las razones suficientes significará que los poderes públicos deberán de

conducirse según las interpretaciones formuladas por el Tribunal Constitucional en las *ratio decidendi*. En particular, y es lo que aquí interesa destacar, esta vinculación predicada de los magistrados del Poder Judicial significará que éstos no podrán dejar de aplicarla en los casos concretos y futuros que conozcan (p. 4). Se advierte pues la imposibilidad que tienen los jueces de inaplicar los precedentes.

Sin embargo, luego se ha planteado la pregunta de si ¿es absoluta la vinculación predicable de la *ratio decidendi*? En respuesta señala que si se toma en consideración que el juez es juez de casos concretos, entonces, no se le podrá desconocer la capacidad de enjuiciamiento de las concretas circunstancias de los casos que conoce a fin de que él decida si al caso le es o no aplicable el criterio jurisprudencial contenido en la *ratio decidendi* del precedente. De modo que al juez se le ha de reconocer la capacidad de decidir la inaplicación del criterio jurisprudencial en los casos que determine razonadamente que las circunstancias del supuesto que examina son distintas a las del caso respecto del cual se formuló la *ratio decidendi*. Si no se permitiese este apartamiento, entonces se estaría condenando al juez a aplicar siempre un criterio jurisprudencial al margen de las circunstancias concretas y, por tanto, al margen también de la justicia en la solución del caso concreto (Castillo Córdoba, 2008, p. 5).

Podemos ir concluyendo entonces que una vinculación u obligatoriedad absoluta, afecta la independencia judicial, ya que elimina la posibilidad de un accionar racional de los jueces.

Esta problemática también se ha planteado en otras latitudes, y que la tensión se ha hecho evidente. Al respecto posiciones más radicales señalan que “la independencia judicial, el concepto de imperio de la ley y el concepto de criterio auxiliar” son los obstáculos que generalizan el rechazo a la jurisprudencia como fuente autónoma del derecho. Se ha señalado al respecto que sin embargo la jurisprudencia constitucional colombiana parece haber resuelto en parte dicha tensión:

... Por medio de la renombrada sentencia C-836 de 2001 (Corte Constitucional de Colombia, 2001B), la Corte estableció que los jueces y los tribunales están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y que si quieren apartarse de ella, están “obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión” (Sarmiento E., 2012, pp. 73-74).

Dicha solución parece ser la adecuada ya que si la obligatoriedad absoluta en el seguimiento del precedente y la imposibilidad que los jueces puedan apartarse de ellos - aun motivadamente – afecta la independencia judicial, se debe imponer una excepción a dicha obligatoriedad. Tal excepción o válvula de escape necesaria para no vulnerar la independencia judicial, lo constituye precisamente la posibilidad del apartamiento o desvinculación debidamente motivada. Consideramos que sólo así se logrará armonizar la recepción del precedente en nuestro sistema; con el respeto a la independencia de los jueces.

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo demostramos la corrección de las hipótesis que hemos planteado y que dan respuesta y solución al problema de investigación. Se ha cumplido así mismo, con el logro de los objetivos generales y específicos planteados.

Para lograr ello, la investigación se ha centrado en el desarrollo teórico de los elementos, fundamentos y características tanto de los precedentes vinculantes, como de la independencia judicial, teniendo en cuenta que son las opiniones doctrinarias que evidencien conocimiento de los temas a tratar, el basamento de una investigación de tipo básica o no aplicada; por lo que nos sustentamos en los mismos.

Así, se ha determinado la naturaleza jurídica y fundamentos de los precedentes vinculantes, y el grado de vinculatoriedad que poseen; y, en ese contexto, cómo es que la característica de obligatoriedad absoluta instaurada en nuestro país afecta a la independencia judicial, proponiendo la solución respectiva.

El proceso al que hemos recurrido incluye el de la recopilación documental y su correspondiente análisis. Para la demostración de las hipótesis se han utilizado los métodos hermenéutico y dogmático, y en base a la argumentación se han reconocido los fundamentos jurídicos que respaldan nuestras hipótesis asumidas preliminarmente. En ese contexto, se ha contado como referencia y respaldo la normatividad, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; por lo que podemos corroborar que la argumentación que presentamos deriva de una

secuencia lógica y racional, que muestra coherencia entre el desarrollo metodológico aplicado y los resultados obtenidos.

Recalcamos que en cuanto a la demostración de hipótesis en el campo del Derecho relacionado con investigaciones jurídicas teóricas como la presente, se recurre a la argumentación, pudiendo en este sentido aplicarse el postulado que señala que “la argumentación en una investigación jurídica, más que la demostración, es la que permite asegurar el desarrollo del derecho o teorías jurídicas” (Aguirre Román et al., 2009, p. 3). Por ello son los ejercicios argumentativos, los que respaldan nuestras conclusiones.

3.1 CONTRASTACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS:

A. La inflexibilidad y vinculación absoluta al precedente vinculante que se ha instaurado en el Perú, vulnera la independencia judicial.

De la interrelación entre el precedente vinculante y la independencia judicial hemos podido establecer que la aplicación y obligatoriedad al seguimiento a los precedentes vinculantes, en estricto, no vulnera la independencia judicial.

Los principios y derechos que constituyen el fundamento del precedente vinculante, el hecho que ningún derecho puede considerarse absoluto y puede ser limitado; y, un ejercicio teórico de ponderación entre el seguimiento al precedente, frente a la limitación que ello puede implicar en la independencia judicial, avalan nuestra aseveración.

Recordemos al respecto que los precedentes vinculantes no son originarios de nuestro sistema jurídico, sin embargo han sido incorporados en el mismo por disposiciones normativas.

En efecto, existen normas legales que instituyen la obligatoriedad al seguimiento de los precedentes. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respecto de los precedentes constitucionales; y, las normas procesales respectivas en relación a los precedentes judiciales, son muestra de ello. Pero más allá de tales disposiciones legales, también puede recurrirse a los principios de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica que tienen reconocimiento constitucional.

Así, bajo los aludidos principios constitucionales y lo que la ley ha instituido normativamente, puede decirse que en primer orden la obligatoriedad del seguimiento al precedente deriva de la propia ley. Si ello es así, y si conforme al artículo 146 de la Constitución los jueces sólo están sometidos a la Constitución y la ley, el cumplimiento a lo que la ley establece no puede implicar una vulneración a la independencia judicial.

Constituye esto una primera referencia para que los jueces resuelvan conforme a los criterios o reglas fijadas en los precedentes vinculantes; sin que, *prima facie*, pueda decirse que ello vulnera la independencia de los jueces.

Por otro lado los precedentes tienen sustento o fundamento en principios o derechos que tiene reconocimiento constitucional y que evidencian su importancia en el Estado Constitucional de Derecho.

Sobre ello se tiene dicho que:

...el precedente es una herramienta adecuada no sólo para dotar de mayor predictibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de las sentencias emitidas para otros procesos tutelares de los derechos fundamentales en la misma causa.

Esta precisión se basa en el hecho de que el precedente nace como una regla destinada a otorgar predictibilidad en los fallos a fin de lograr seguridad jurídica y que ello redunde en mantener la vigencia del principio de igualdad, por cuanto dicho principio se vería vulnerado si es que existen diferentes fallos con relación a casos idénticos. Así, el precedente vinculante es una figura que permite saber cómo el juez constitucional resolverá un caso concreto en el futuro, al mismo tiempo que ordena y da coherencia a la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional (Landa, 2010, p. 217).

Lo referido por Landa si bien hace alusión a los precedentes vinculantes fijados por el Tribunal Constitucional, obviamente también resulta aplicable a los Precedentes Judiciales Vinculantes, esto es, a los fijados por los jueces de la Corte Suprema. Ello se explica desde el mismo hecho que el fundamento de predictibilidad y seguridad jurídica que son base en la teoría del precedente, ha nacido precisamente de las decisiones judiciales.

Además de la predictibilidad y seguridad jurídica, el principio-derecho constitucional de igualdad en la aplicación de la ley también justifica al precedente. Así, tal como lo dice Sagües (2006) con el precedente se puede consagrar el derecho a la igualdad que implica que los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales

(p. 19). Ello es así por cuanto cumplen su función y se fundamentan en la necesidad de la preservación del derecho de igualdad ante la ley, que se materializa con el uso del contenido del precedente vinculante en todos los casos análogos o semejantes que se someten a la competencia del órgano jurisdiccional (Gálvez Villegas, 2012, p. 129).

En efecto el precedente materializará el principio de igualdad, ya que es necesario que se dé un tratamiento igual a los supuestos que reúnen condiciones fácticas semejantes (Garrido Gómez, 2009, p. 65). Lo contrario, esto es, dar respuestas jurisdiccionales distintas a casos iguales implica un trato desigual que colisiona contra el orden constitucional. En tales circunstancias, la independencia judicial no sería un fundamento válido para el ejercicio adecuado de la función judicial, sino un pretexto para avalar una actitud arbitraria.

Corroboramos nuestra postura lo que Rivera Santibáez postula ya que si el propio Tribunal Constitucional o cualquier otro juez o tribunal no observa ni aplica el precedente obligatorio creado por la jurisprudencia constitucional, al resolver un caso posterior que tenga supuestos fácticos análogos, vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas (Rivera Santibáez, 2006, p. 37).

Hemos visto entonces que respaldan la aplicación y obligatoriedad de los precedentes, derechos y principios constitucionales que informan desde ya de la importancia del precedente en la preservación del Estado Constitucional de Derecho, y dado que al frente tenemos al principio de independencia judicial (también de reconocimiento constitucional), lo que se debe procurar es una armonización en el ejercicio y respeto de los mismos, y no una imposición irracional o rechazo absoluto, recordando al respecto que no existen derechos que no puedan estar sujetos a límites válidos.

En efecto, como cualquier derecho la independencia judicial no puede considerarse como un concepto absoluto, sino más bien relativo, o mejor dicho susceptible de limitantes. Se tiene señalado en esa misma línea que contemplar la independencia como un valor absoluto, aludiendo la cuestión de sus límites, equivale a propugnar el aislamiento del juez respecto a la sociedad y el del Poder Judicial respecto a los demás poderes estatales. (Chaires Zaragoza, 2004, p. 529-530).

Un argumento en ese sentido no podrá sostenerse, ya que como lo tiene sentado el Tribunal Constitucional ni siquiera los derechos fundamentales devienen en absolutos, pudiendo existir limitaciones en resguardo de otros derechos que también tengan sustento constitucional. Esto de modo alguno significa una afectación o vulneración, más aún si una adecuada concepción del Estado

Constitucional de Derecho por más que se sustente en la separación de poderes, no implica sin embargo aislamiento de los mismos, sino más bien un ejercicio armónico que logre un engranaje tal que al final culmine en una adecuada protección a los derechos fundamentales y respeto de la Constitución.

La concepción de que los derechos fundamentales no pueden considerarse como absolutos es un criterio generalizado. Así, en relación al tema del presente trabajo, también ha sido abordado por la Corte Constitucional Colombiana, ente que reconociendo que su Constitución garantiza la independencia y autonomía judicial, ha advertido que ella se encuentra limitada por el principio de coherencia que supone el respeto a la interpretación del texto constitucional que efectúa la Corte. Para ello afirma que el fundamento de la eficacia del precedente vertical, reposa también en el Derecho a la igualdad y el principio de supremacía constitucional (Lancheros-Gamez, 2012, p. 181). Desde otras latitudes y a nivel de interpretación constitucional también se ha señalado lo que de nuestra parte postulamos, siendo así otro argumento que nos sirve en la demostración de nuestra hipótesis.

También respaldamos esta postura en lo que al respecto señala Aguila Grados (2017), quien citando a Aguilar Ángel, precisa que para tal autor el seguimiento del precedente no afecta la autonomía judicial. Abundando, reconoce que la obligatoriedad es relativa, y

que los jueces pueden apartarse de los precedentes de manera justificada¹⁰. En efecto es enfático al señalar que:

...La autonomía del juez no se vulnera por el hecho del acatamiento obligatorio del precedente judicial en sus decisiones por cuanto ello se adecuan a los valores, principios, fines y derechos constitucionales. Dicha autonomía, se limita en la atribución unificadora de las Altas Cortes y en la adecuación del momento histórico de las decisiones judiciales en su condición del cambio permanente en las condiciones sociales, políticas y económicas de un Estado que es en últimas la aplicación del derecho fundamental a la igualdad. Sin embargo, esa obligatoriedad es relativa, pero, condicionada a que el juez pueda apartarse de un precedente horizontal o vertical, siempre y cuando concurren ciertas condiciones mínimas exigidas por la Corte para el caso, a saber: (i) se refieran al precedente anterior y (ii) ofrezcan argumentos razonables suficientes para su abandono o cambio (p. 136).

Así pues, si los precedentes vinculantes, realmente configuran factores que optimizan una particular forma de interpretación de los preceptos constitucionales o legales en la solución de problemas normativos o probatorios, con lo cual dan fluidez al funcionamiento del sistema jurídico y jurisdiccional (Gálvez Villegas, 2012, p. 129), se advierte que su fin es positivo, por lo que no pueden significar una vulneración a la independencia judicial, si con ellos el sostenimiento del Estado Constitucional se hace más factible.

Ahora, los fundamentos señalados respaldan el hecho que la independencia judicial pueda ser susceptible de límites relacionados con la aplicación y seguimiento de las reglas del precedente, límites que en principio no significan vulneración a tal principio, ya que se establecen en resguardo de otros principios

¹⁰ Aspecto que también hemos considerado de nuestra parte.

constitucionales como la predictibilidad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. Bajo ese contexto, un ejercicio armónico de tales derechos en lugar de implicar alguna vulneración, significará garantizar una mayor protección en los derechos de los justiciables, o quienes recurran en búsqueda de tutela jurisdiccional.

Sobre ello reiteramos que la función judicial debe enmarcarse en esa necesaria interrelación con los demás poderes del Estado, y para efectos jurisdiccionales con los entes que constitucionalmente también ejercen tales funciones, que para el caso que nos interesa es el Tribunal Constitucional. Así, la independencia judicial no puede ser la “isla” en la que se alojen los jueces para no seguir los precedentes que establezcan el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, en el entendido que estos precedentes contribuyan al desarrollo del Derecho y protección de derechos. Cosa distinta es que si los jueces no se encuentran conformes con los criterios establecidos, tengan “ciegamente” que seguir los precedentes; supuesto en que sí se evidencia una vulneración a la independencia de los jueces.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que si bien la Constitución establece que los jueces son independientes y están sometidos a la Constitución y la ley, recurrir a ese solo argumento implica un análisis simple y literal. Tal posición se encuentra debidamente respaldada conforme lo hemos anotado en el desarrollo del marco

teórico. Grández Castro (2007) es preciso al respecto indicándonos varios criterios para concluir en ello. Así:

...Concebir la independencia de juez como sometimiento sólo a la Constitución y la ley se trata de una concepción tributaria de un modelo de organización jurisdiccional burocrática y sometida al “imperio de la ley” que simplemente ha incorporado un nuevo elemento en el cliché: la Constitución. No obstante, una simple invocación de la Constitución o la ley no resuelve el problema central de la actividad judicial en el Estado Constitucional.

...“Los jueces no son más independientes por que se autogobiernen o porque decidan “soberanamente” desde su interioridad subjetiva las causas que la sociedad les plantea”.

...La simple invocación de la ley o la Constitución, al parecer no resulta suficiente para “demostrar” o garantizar la independencia e imparcialidad judicial. “Es la labor en los casos diarios lo que permite constatar si dichas garantías pueden objetivarse, otorgando de este modo legitimidad al juez en el ejercicio de sus funciones” (p. 87).

Podemos afirmar válidamente que un posible no seguimiento al precedente, basado solamente en la independencia no resulta suficiente; se requerirá que la labor del juez demuestre las razones que lo pueden conllevar a ello. Es la labor en los casos diarios lo que permite constatar si dichas garantías pueden objetivarse, otorgando de este modo legitimidad al juez en el ejercicio de sus funciones. En efecto, “el juez gana su independencia argumentando y expresando las razones por las que opta por una determinada comprensión del caso y de la propia ley” (Grández Castro, 2007, p. 87). De este modo decir sin más que por la independencia judicial los precedentes devienen en inaplicables o no deben seguirse, no resulta una conclusión acabada. Por ello una limitante a la independencia por la que - en principio - resulte

obligatorio el seguimiento al precedente, no puede configurar una vulneración a este principio.

Abundando más al respecto, y como lo tenemos establecido invocar la independencia judicial, sin ninguna variable o supuesto especial o adicional para desacatar los precedentes vinculantes, implicaría una comprensión del orden jurídico que se cierra sin la participación de los entes constitucionalmente señalados para tal efecto; de un lado el Tribunal Constitucional que se erige como el órgano supremo de interpretación constitucional, y de otro, la Corte Suprema que funcionalmente cierra el ámbito interpretativo y de decisión de las causas sometidas al Poder Judicial.

Como punto de partida a la demostración de nuestra primera hipótesis, tenemos demostramos que la independencia judicial puede ser limitada, y que esa limitante resulta válida en atención a los principios constitucionales que se protegen con el respeto y seguimiento al precedente. Nuestra afirmación tiene respaldo en la doctrina que hemos seguimos, la que también ha establecido de manera concreta tal situación.

Así, se tiene señalado que cuando los jueces conocen de casos que son sustancialmente iguales a otro que dio origen al precedente vinculante, en primer orden se encuentran obligados a aplicarlo o seguirlo, lo que no implica de modo alguno vulnerar la independencia judicial, ya que:

...la propia Constitución y la Ley, le exigen respetar los precedentes vinculantes, que tienen la finalidad de propiciar previsibilidad, certeza e igualdad en la aplicación del Derecho. Por ello la existencia de una regla vinculante en casos sustancialmente iguales, constituye un límite a la independencia judicial, es decir, la capacidad autodeterminativa que tiene el juez, se verá limitada por la obligación de resolver conforme al precedente judicial vinculante. De lo contrario, casos sustancialmente iguales podrían ser resueltos de tantas formas que terminarían ocasionando incertidumbre e inseguridad entre los propios jueces y sobre todo entre los ciudadanos que ven comprometidos sus derechos fundamentales en el proceso judicial, hecho que no resulta acorde con un Estado Constitucional (Adrián Coripuna, 2007, pp. 129-130).

Coincidimos al respecto, ya que resolver en forma distinta dos casos que son sustancialmente iguales, uno de los cuales constituye jurisprudencia vinculante, evidenciaría una vulneración al principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como el principio de seguridad jurídica, lo que al fin y al cabo terminaría afectando la unidad del ordenamiento jurídico. Adrián Coripuna también tiene igual criterio, señalando que más allá de lo dicho, en la práctica también tendría consecuencias negativas, ya que un ciudadano debe tener plena convicción de que si se presenta determinado supuesto de hecho, cuya consecuencia jurídica ya ha sido establecida con anterioridad dicha consecuencia debe ser igual para todos quienes se encuentren en la misma situación y que no podrá variarse arbitrariamente según la mera voluntad del juzgador (Adrián Coripuna, 2007, p. 118). No imponer un límite racional, puede ocasionar un ejercicio arbitrario de la independencia judicial, situación que no puede ser de recibo dentro del orden constitucional en el que debemos actuar.

Reforzando los fundamentos previos, se tiene afirmado también que dado que los precedentes vinculantes pasan a formar parte del ordenamiento jurídico, los jueces que conozcan casos materialmente idénticos no tienen posibilidad de desconocerlo sin violar el derecho fundamental a la igualdad. Ello, desde luego, no supone afectar el principio de independencia judicial, pues éste mantiene plena efectividad en la proscripción de permitir que los jueces puedan ser influenciados en sus decisiones jurisdiccionales por cualquier fuerza o voluntad ajena a aquellas que se plasman en la objetividad del ordenamiento (en el que debe entenderse incluido el precedente) y en su propio criterio de conciencia (Rodríguez Santander, 2007, p. 68).

En efecto, el respeto al precedente por parte del propio Tribunal Constitucional, así como por los demás jueces y tribunales inferiores, cumple funciones esenciales en un Estado social y democrático de Derecho. Ello por cuanto dichos entes deben ser conscientes y cuidadosos en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base de sus decisiones previas, para resguardar el principio de seguridad jurídica, pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles, de manera que los litigantes no estén sometidos a la incertidumbre; ya que si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a la unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las

personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país (Rivera Santiváñez, 2007, pp. 163-164).

Queda claro entonces que ante la necesidad de garantizar la igualdad en la aplicación de la ley, la predictibilidad en las decisiones judiciales, y generar a la postre seguridad jurídica; la independencia judicial como principio puede admitir la limitante de aplicación y seguimiento del precedente. Debemos precisar que admitir un límite en el ejercicio de la independencia judicial, no es lo mismo que decir que exista vulneración a tal principio, toda vez que no lo desaparece o elimina, sino más bien confluente a optimizar el cumplimiento de otros principios que generen mayor alcance o beneficio.

En efecto, si la técnica del precedente y la obligatoriedad de su seguimiento, tiene como fundamento principios y derechos que alcanzan nivel constitucional y que son un basamento por el que resulta exigible su seguimiento, en un ejercicio teórico de ponderación al respecto, los principios que sustentan al precedente pueden confrontarse y/o ponderarse con la independencia judicial, y de dicha confrontación se puede concluir que aun cuando la independencia judicial sea un principio de rango constitucional, el grado de afectación que pueda sufrir en relación a los principios de igualdad, seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones

judiciales, resulta leve; imponiéndose por tanto el fundamento en que se sustentan los precedentes.

Resulta justificado entonces que casos iguales se resuelvan de igual forma, más aún si existe un criterio vinculante al respecto. No puede hablarse de afectación a la independencia judicial en tales circunstancias. Cosa distinta ocurre si es que el juez demuestra que el caso no es análogo, o considera que los criterios fijados no son correctos. Allí obligar al juez a seguir el precedente de manera mecánica o automática, sí vulnera su capacidad autodeterminativa en la resolución de casos judiciales.

Establecido ya que en estricto la obligatoriedad y seguimiento al precedente, no vulnera la independencia judicial, corresponde demostrar que el grado de rigidez absoluta e inflexibilidad que, conforme a la realidad normativa y jurisprudencial vigente en el Perú, se ha impuesto al precedente; es el aspecto que si constituye una vulneración a la independencia judicial, ya que implica una obligatoriedad de seguir el precedente incluso contra los propios criterios de los jueces.

La demostración de la afectación o vulneración a la que hacemos alusión requiere en primer lugar dejar sentado que existe en nuestro país esa obligatoriedad absoluta de seguimiento al precedente a la que hacemos referencia. Sobre ello, y como ya lo tenemos anotado, son las propias normas que establecen la posibilidad de fijar precedentes, las que imponen la obligatoriedad

de su seguimiento por parte de los jueces, y la imposibilidad que éstos puedan apartarse de los precedentes. Pero más allá de ello el grado de obligatoriedad absoluta e inflexibilidad del precedente ha sido enfatizado por el Tribunal Constitucional, quien incluso ha pretendido cerrar el tema señalando que los jueces no pueden recurrir al principio de independencia judicial para apartarse de los mismos. Más aun, ha considerado que el apartamiento constituye delito de prevaricato, y causa de destitución de magistrados. Queda demostrada así la premisa que implica la vulneración que hemos planteado.

Una imposición como la señalada, lo que en la práctica hace es eliminar la autonomía judicial y la capacidad autodeterminativa de los jueces al resolver los casos sometidos a su conocimiento; ello por cuanto un grado absoluto de obligatoriedad, “ata” a los jueces a seguir mecánicamente los criterios y lineamientos fijados en los precedentes, incluso contra los criterios que los jueces puedan considerar deban aplicarse. Si ello no es vulneración a la independencia de los jueces, nada podrá serlo.

La referida postura excesiva adoptada por el Tribunal Constitucional y la concepción absolutista del precedente en nuestro país, se encuentra alejada de toda razonabilidad, llegando hasta a confrontarse con la propia naturaleza del precedente.

Monroy Gálvez, uno de los principales procesalistas y gestor del Código Procesal Constitucional, ha sido crítico con la radical

posición asumida por el Tribunal Constitucional. Enfatiza al respecto que ha incurrido en excesos y que existe una afectación al principio de independencia judicial. Para concluir en ello recuerda que el precedente vinculante u obligatorio, en los términos de un mandato inexorable que debe ser seguido “sin duda ni murmuraciones” o que puede dar lugar a la anulación de las decisiones que no le reconocieron, no existe en ningún lugar del mundo. No se presenta siquiera en el *common law*. En ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente (Monroy Gálvez, 2008, pp. 174-175).

Lo señalado ratifica y nos respalda en la consideración que la inflexibilidad y absoluta vinculatoriedad al precedente conllevaría en efecto a considerar al juez como aplicador mecánico del precedente. Ello, como es obvio, reduce la autonomía judicial, y constituye una abierta vulneración a la independencia judicial.

El criterio que nos recuerda que una vinculación absoluta no existe ni siquiera en los sistemas de los que proviene el precedente, es reiterado y compartido. En efecto:

... Incluso en los sistemas de Derecho jurisprudencial, como el *common law*, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o “*case law*” es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del “*stare decisis*”, o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas Cortes admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial” (Rivera Santiváñez, pp. 171-172).

La rigidez absoluta no es pues una característica del precedente; por lo que si vamos a recibir en nuestro sistema al mismo, no se puede imponer tal rigidez, ya que implicaría desnaturalizar la figura del precedente y eliminar la capacidad autodeterminativa de los jueces. Ello no puede ser de recibo, y requiere de los correctivos necesarios.

Si bien la regla debe ser el respecto de los precedentes, el seguimiento debe ser justificado, lo que implica que no puede existir una aplicación mecánica, ni obligatoria a toda costa; mereciendo el análisis respectivo de quien deba seguirlo. Ahora ese análisis corresponde a los jueces, y si ellos determinan - por ejemplo - que los criterios fijados en el precedente no son los más adecuados para resolver el caso pueden utilizar los que racionalmente consideren pertinentes. La inflexibilidad del precedente y una obligatoriedad de seguimiento absoluta, no permitiría a los jueces realizar siquiera dicho análisis, eliminando así su autonomía; situación que demuestra que esas circunstancias definitivamente vulneran la independencia de los jueces.

Complementando lo dicho se puede válidamente concluir que no existe incongruencia entre aceptar el seguimiento del precedente como lineamiento principal, con la posibilidad de un apartamiento motivado por parte de los jueces. La doctrina que hemos utilizado para demostrar lo señalado nos respalda, señalando que “la jurisprudencia se ha de valorar tanto para ser seguida como para

separarse de ella cambiando el fundamento de su relevancia, puesto que ha pasado de pensarse como atribución de valor relevante, a la obligación de motivar la decisión (motivar el seguimiento y, aún más, el cambio)” (Garrido Gómez, 2009, p. 63).

Conforme a lo que hemos indicado y al respaldo que nos da nuestro marco teórico, no se puede sostener un grado absoluto de vinculación al precedente sin que ello implique la vulneración a la independencia; por el contrario lo que sí resulta factible y está debidamente respaldado es la posibilidad de un apartamiento judicial motivado. Eso es precisamente lo que hemos propuesto.

Válidamente podemos concluir que deviene en arbitrario pretender que en nuestro sistema se siga con los criterios de rigidez absoluta y de imposibilidad de apartarse de los precedentes. Ello constituye claramente una muestra evidente de vulneración a la independencia judicial.

Corroborando lo dicho se tiene que una vinculación absoluta no resiste un análisis de validez. Sodero (2004) al respecto precisa que:

...Si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener una rectitud absoluta “en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base”, condicionados siempre por el factor tiempo, de suerte tal que un cambio en

la situación demanda el consiguiente “ajuste jurisprudencial” (Sodero, 2004, p. 227).

Ese “ajuste jurisprudencial”, corresponde en primer orden a los jueces. No permitirlo vulnera la capacidad autodeterminativa de los jueces; ya que por el contrario se presentará un accionar independiente del juez, cuando éste actúe de manera crítica y racional ante el precedente, y no lo aplique ciegamente por el solo hecho de haberse impuesto su seguimiento obligatorio.

Así, más allá que deba seguirse el precedente, considerar que sea inflexible o de rigidez absoluta afecta a la independencia judicial; por ende es necesario establecer una excepción a la regla:

...permitiendo a los jueces o tribunales apartarse de los precedentes. De hecho la doctrina lo reconoce así y, en la práctica los propios Tribunales o Cortes Constitucionales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez pueda distanciarse de sus propios precedentes; empero ello, no importan una discrecionalidad que pueda llevar a desconocer la seguridad jurídica, sino está sujeto a límites como el de la debida y adecuada motivación o fundamentación de las razones o causas que llevan a apartarse de sus decisiones previas (Rivera Santiváñez, 2007, p. 171).

Los aludidos criterios que establecen la posibilidad de apartamiento, también resultan aplicables a los precedentes judiciales, y la facultad para el apartamiento obviamente debe corresponder también a los jueces, respecto de los precedentes vinculantes en su conjunto, ya que considerar que solamente tal posibilidad corresponde a los altos tribunales, evidenciaría una vez más la vulneración a la independencia judicial.

En ese sentido tenemos que “en aras de garantizar la justicia del caso concreto y la posibilidad de actualización de la jurisprudencia,

todo precedente puede ser inaplicado y modificado” (Bernal Pulido, 2007, p. 184). Esa justicia al caso en concreto se realiza de manera inicial y directa en primer orden por parte de los jueces, ellos son quienes tienen el mejor y completo conocimiento de los hechos, por ende son ellos los primeros llamados a garantizar la justicia del caso concreto y se encuentran en la posibilidad de actualización de la jurisprudencia; por lo que bajo el respaldo de la independencia judicial, la vinculación - en los casos que justificadamente corresponda – no tiene que ser absoluta.

Una vinculación absoluta por otro lado resulta perniciosa y hasta puede llevar al absurdo que un juez resuelva contra lo que realmente considera, y, que pese a advertir la invalidez actual del criterio interpretativo establecido en el precedente vinculante debe esperarse a que el proceso llegue hasta el Tribunal emisor del precedente, para coincidiendo con el argumento del juez (esto es que el precedente debe ser inaplicado), recién allí se lo inaplique, con la afectación a la economía procesal y al sistema judicial que ello significaría.

Además de lo indicado, no flexibilizar la fuerza vinculante del precedente dejaría sin respuesta por ejemplo la pregunta: ¿Sí existe una verticalidad, sin más, en el sentido de plena obligatoriedad; cómo habrá de fallar el juzgador ordinario cuando un precedente por su antigüedad se aparte de las necesidades

propias de la necesidad?¹¹ Esa es solo una de las situaciones problemáticas, pero abona a demostrar que una vinculación absoluta del precedente no puede sostenerse, sin que ello afecte la independencia judicial.

Respalda también nuestra postura el hecho que el Juez debe ser siempre racional, ya que no es “ni órgano ciego, ni señor del Derecho”. Se ha precisado en ese sentido que los tribunales inferiores, al estar constreñidos a resolver conforme a la jurisprudencia, se han visto limitados en su independencia y autonomía, porque se ven impedidos para realizar la interpretación de la norma, pasando a ser meros aplicadores del precedente judicial (Belloso Martín, 2018, p. 288).

Nosotros precisamos que es la vinculación absoluta al precedente lo que significa que los jueces se conviertan en sus meros aplicadores, y además elimina su capacidad interpretativa, dado que se encontrarán imposibilitados legalmente de alejarse del precedente, aun cuando su criterio lo aconseje. Este es otro aspecto que nos sirve para demostrar que en tales circunstancias la independencia judicial queda vulnerada.

Demostrada la forma o extremo en que los precedentes afectan la independencia judicial, se requiere del correctivo necesario que armonice el seguimiento del precedente, con el hecho que tal seguimiento no llegué al extremo de vulnerar la independencia

¹¹ Cuestionamiento realizado por Aguila Grados (2017, pág. 214)

judicial. Ese correctivo será posible flexibilizando el grado de vinculación al precedente y permitiendo el apartamiento excepcional de los mismos por parte de los jueces. Esto nos lleva a la demostración de nuestra siguiente hipótesis.

3.2. CONTRASTACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS:

Los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces apartarse de los precedentes vinculantes son los siguientes:

A. La naturaleza del precedente

El precedente vinculante proviene del derecho anglosajón. Su recepción en el sistema jurídico del *civil law*, del que formamos parte, ha sido positiva en líneas generales; sin embargo ya hemos determinado que el extremo de un seguimiento rígido e inflexible vulnera la independencia judicial. Ante la existencia de una afectación lo que corresponde es buscar la solución a la misma, en caso contrario cualquier trabajo quedaría incompleto. Es así que establecemos como correctivo permitir un apartamiento excepcional y motivado del precedente por parte de los jueces.

Esa posibilidad de apartamiento puede establecerse desde la naturaleza propia del precedente y las características que posee en el sistema en el cual se originaron, donde un criterio absoluto o totalmente rígido no existe, sino más bien cabe el apartamiento del precedente. Dicha característica también tiene que ser de recibo en nuestro sistema jurídico.

Monroy Gálvez (2008) también tiene precisado al respecto que lo que en realidad existe, por su propia naturaleza, es un precedente relativamente vinculante. En ese contexto el juez puede apartarse de un precedente si lo considera incorrecto para el derecho o para la razón (p. 174).

Existe consenso doctrinario en este aspecto, lo que nos sirve de sustento para demostrar esta hipótesis. Así, analizando la fuerza del precedente en Estados Unidos, donde el precedente es fuente primaria, la regla de su seguimiento es relativa; no pudiendo establecerla como un sistema cerrado; esto es, los precedentes por más que provengan de los más altos tribunales no necesariamente cierran el debate jurisdiccional.

Como lo afirma Taruffo (2016) “el precedente no tiene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra y mucho menos en Estados Unidos. Con mayor razón –e independientemente de la eventualidad de que se considere la jurisprudencia como fuente del derecho- debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de civil law” (Citado en Belloso Martín, 2018, p. 272).

En sentido similar Valenzuela Ylizarbe (2017), recalca que en los países en donde se tiene la tradición del precedente: Inglaterra y Estados, principalmente, según la doctrina uniforme, cabe la posibilidad de que los jueces puedan apartarse del precedente. En correlato con ello sostiene que los precedentes en el derecho inglés

no son vinculantes en estricto, toda vez que permite que los jueces, sin importar el grado, puedan desvincularse del mismo, con la exigencia de argumentar razonablemente los motivos que lo llevaron a dicha decisión.

Iturralde Sesma (1995) también nos muestra que la naturaleza del precedente en los lugares donde éste tiene prevalencia, impone la flexibilidad y posibilidad de apartamiento del precedente. Afirma sobre ello que en los Estados Unidos no existe el deber inexorable de seguimiento absoluto, ya que el mismo está matizado por el derecho de derogar anteriores decisiones. Los tribunales inferiores aun cuando están obligados al precedente, se reservan el derecho de apartarse de la regla previamente establecida. (p. 138).

Como hemos visto, caracteriza al precedente la posibilidad de apartamiento, ello desde los espacios de su origen, por lo que más allá que el precedente se fundamente en un afán de lograr predictibilidad, seguridad jurídica, y respeto al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; debe reconocerse que su obligatoriedad se relativiza ante las facultades de los jueces. Así, éstos de manera justificada y con las razones o argumentos suficientes pueden apartarse de los precedentes.

Así pues, los jueces ante el precedente no tienen por qué perder su capacidad autodeterminativa. Conforme lo manifestado por Magaloni, el juez ante el precedente se debe guiar por las reglas de: en primer lugar, aplicarlo; luego seguirlo; y, si no considera

adecuado el precedente, apartarse del mismo. Siguiendo tal secuencia no se desnaturalizará al precedente, pero tampoco se limitarán las facultades de los jueces.

Por otro lado, en el derecho comparado la técnica del precedente ha buscado optimizarse, flexibilizándose y permitiendo su apartamiento. López (2005) precisa que para ello se ha institucionalizado la regla de cambio. Al respecto indica que:

...Esta regla supone que el precedente es reformable, de tal suerte que el juez de conocimiento puede considerar que una manera diferente o novedosa de resolver el proceso permitiría distanciarse de lo resuelto previamente. No obstante, para llegar a dicha decisión, se deben cumplir dos requisitos, a saber: primero, reconocer el precedente, esto es, hacer explícitas las sentencias que regulan o fijan el alcance de la decisión que se va a emitir; segundo, aportar una justificación “suficiente” y “razonable” que justifique la decisión de apartarse del precedente. Esta regla de cambio flexibiliza la estabilidad del precedente vinculante, en la medida en que admite que este pierda fuerza gravitacional siempre que el juez que decide el caso nuevo ofrezca una argumentación explícita, transparente y suficiente. Esto, en efecto, parece reconocer lo establecido por la Sentencia C-083 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 2001 A). Entonces, el fallo no se asimila a una norma que debe ser explícitamente seguida, cuya obediencia irrestricta es debida. Por el contrario, el precedente admitiría por esencia, según la propuesta normativa, el disenso del fallador, siempre que dicho distanciamiento cumpla con una argumentación mínima y razonable que acierte con las garantías de los procesados y con el derecho a la igualdad de los sujetos procesales (Citado en Sarmiento E., 2012, p. 76).

De manera similar se ha resaltado que la jurisprudencia colombiana reconoce que no puede existir un criterio de inflexibilidad en el precedente, resultando factible su apartamiento. Recurriendo a la sentencia SU - 047 de 1999, se resalta que:

...44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útiles y adecuadas para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas” (Rodríguez Alzate, 2010, p. 91).

Queda claro conforme a lo dicho que el precedente también se caracteriza por su flexibilidad, flexibilidad que a todas luces se justifica si con ello se logra una mejor protección de los derechos.

Es en ese sentido que consideramos que en nuestro sistema debe permitirse la desvinculación o apartamiento del precedente; sin embargo para tal efecto y no desnaturalizarlo se impone una carga argumentativa. Ello también lo requiere la doctrina cuando establece que en definitiva “la fuerza vinculante de un precedente depende del peso de los argumentos presentados para la decisión”, y que “su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya”, sin embargo el precedente siempre estará expuesto a la contraargumentación, ya que ningún criterio puede tener la autoridad suficiente como para

“clausurar” el diálogo, determinando definitivamente la solución correcta para el caso al cual esté referido (Sodero, 2004, p. 231).

Esa aludida posibilidad de contraargumentación se encuentra precisamente dentro de las potestades de los jueces, quienes con los argumentos reforzados que establezcan pueden justificar su apartamiento.

En atención a los fundamentos esgrimidos se cuenta con el respaldo suficiente para demostrar que conforme a la propia naturaleza del precedente la flexibilidad y posibilidad de cambio es una de sus características. El cambio de los criterios del precedente requiere sin embargo de un análisis crítico de los mismos, el que se hace efectivo en primer orden por los jueces, ya que son ellos quienes tienen contacto inmediato con los hechos y supuestos necesarios de respuesta judicial. De no permitirse ello, se impediría también que los propios jueces controlen la necesidad de mejorar la protección de los derechos cuando nuevos supuestos o circunstancias así lo aconsejen.

Demostrado que desde la naturaleza y origen del precedente, resulta factible el apartamiento del mismo; ello también debe instaurarse en nuestro país.

Ahora, respecto a la posibilidad del apartamiento de los precedentes judiciales no se cuenta con norma específica que permita ello. Pese a lo dicho, existe una modificatoria del artículo 386 del Código Procesal Civil, que establece como supuesto para

instaurar el recurso de casación, el apartamiento inmotivado del precedente judicial. Interpretando dicha norma, hay quienes consideran que cabe la posibilidad que los órganos jurisdiccionales inferiores si pueden apartarse del precedente judicial en materia civil, siempre que fundamenten las razones de su apartamiento (Díaz Muñoz, 2010, p. 52). Para los demás ámbitos ni siquiera por vía interpretativa se puede asumir que los jueces inferiores podrían apartarse de los precedentes judiciales vinculantes; sin embargo podemos considerar la aludida norma procesal civil como un indicador ya legislado, que permite a los jueces el apartamiento motivado de los precedentes.

B. La inexistencia de criterios jurisprudenciales infalibles, ni de verdades absolutas en la aplicación del Derecho.

Existe consenso en que el Derecho es una ciencia social que se encarga de regular las relaciones del ser humano en sociedad. Su estudio y ejercicio se realiza como actividad humana. Si ello es así, no puede concebirse algún tipo de estudio o ejercicio en el Derecho como conceptos o verdades absolutas, ni la existencia de criterios infalibles.

Para ello recordemos que filosóficamente se tiene como noción de absoluto a aquello que es incondicional, independiente, no determinado por nada, irrevocable. Tales nociones tal vez puedan sostenerse en conceptos filosóficos abstractos, o en ciencias

exactas; pero no dentro de las ciencias sociales o humanas, o dentro de actividades humanas; ya que por esa misma condición humana estará siempre expuesta al error, no existiendo infalibilidad, ni grados absolutos o irrevocables.

Esa posibilidad de error e inexistencia de criterios absolutos viene reconocida desde los propios jueces o tribunales del sistema anglosajón. En efecto, el juez Wanamaker había señalado que: “un caso decidido vale tanto como valga su razonamiento y corrección, y no más. No es suficiente decir “así dijo el tribunal”. El tribunal de Pennsylvania reconoce que se debe seguir el precedente pero nunca pensando que se deben “consagrar las equivocaciones de los que estuvieron antes nuestro, y tropezar cada vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos”. Hughues¹², hacía presente que en la labor jurisprudencial “un voto particular, en un tribunal de última instancia, es una exhortación al espíritu permanente del derecho, a la inteligencia de un día futuro en el que una decisión ulterior pueda corregir el error cometido por la Corte a juicio del disidente. Hobbes (1940) precisaba que no hay juez que no pueda errar en un juicio y que “si posteriormente, en otro caso análogo, encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria, está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él: ni (por la misma razón) se convierte en ley

¹² Que se había desempeñado como Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos.

para otros jueces, aunque hayan hecho promesa de seguirla” (Sodero, 2004).

Los criterios esgrimidos por los señalados jueces y tribunales resultan ser son criterios válidos, y traen abajo la “sobrevalorada” postura del Tribunal Constitucional peruano que ha impuesto un precedente inflexible y de obligatoriedad absoluta de seguimiento a los precedentes en general, como si solamente sus decisiones fuesen las correctas, y que contengan verdades absolutas que no podrían modificarse de modo alguno.

La vinculatoriedad absoluta a los precedentes genera una imposibilidad de revisión o modificación a los mismos. Bajo esas circunstancias las decisiones vinculantes que emiten los altos tribunales, esto es, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema; se presentan como cubiertas con un “manto” de infalibilidad, irrevocabilidad y completitud equivalentes a verdades absolutas, las mismas que como se ha dicho y sabido es, no existen en tales términos.

Cabe recordar al respecto que los integrantes del Tribunal Constitucional y los Jueces de la Corte Suprema (que son quienes fijan precedentes vinculantes) son seres humanos, por ende susceptibles de incurrir en errores; por eso, el solo hecho de pertenecer a los más altos tribunales de un país no les confiere ningún grado de infalibilidad. En ese contexto pretender una vinculatoriedad absoluta, e inflexibilidad en los precedentes que

dictan, constituye una concepción errada. Ello, y más allá de la condición humana de sus emisores, por cuanto existen otros factores como, el contexto histórico, socio-político, la optimización de derechos; que necesariamente requieren de nuevos análisis y de corresponder modificaciones o cambios de criterio, ya que recordemos que el Derecho se caracteriza también por su dinamismo, que va en contra de conceptos absolutos que se pretendan imponer.

Corroborar lo que tenemos anotado, el hecho que los propios Tribunales Constitucionales y Supremos han tenido que modificar sus criterios o corregirlos. Una corrección implica reconocer la existencia de errores. Esos errores pueden ser advertidos por los propios tribunales; pero, obviamente, también por otros operadores jurídicos, y quién mejor que los jueces, que tienen el contacto directo con los hechos y deben analizarlos, para poder evidenciarlos.

Los jueces en efecto están en óptimas condiciones para poder advertir los errores o incorrecciones en los precedentes, por lo que no se justifica la existencia de inflexibilidad o un grado de vinculatoriedad absoluto que les impida poder corregirlos, o por lo menos instar a su corrección.

Sobre ello se tiene precisado que puede darse el caso que el propio Tribunal Supremo llegue a convencerse por sí mismo, o por argumentos derivados de los propios litigantes o de órganos

jurisdiccionales inferiores, que un determinado criterio interpretativo impuesto por él, era equivocado y que en efecto llegue a modificarlo (Belloso Martín, 2018). Ante esta hipótesis, acaso no deberían ser los propios jueces que advirtieron el error, los que establezcan el nuevo criterio interpretativo. Nuestra respuesta es que ello resulta perfectamente factible y es lo más aconsejable; pero bajo la regulación con la que se cuenta, no es posible para los jueces, por lo que, aún bajo afectación a la celeridad y economía procesales, y generación de incertidumbre jurídica, tendría que esperarse a que el caso llegue hasta los tribunales supremos, para que sólo ellos sean quienes digan, otra vez, la “última palabra”; pero con los criterios que habrían considerado los jueces o tribunales inferiores. Eso es una muestra más de la “sobrevalorada” supremacía (más que funcional) que los tribunales supremos en nuestro país pretenden; y, un entendido (equivocado) que solamente ellos están facultados a establecer interpretaciones correctas.

Debe considerarse al respecto que por más que se considere al Tribunal Constitucional como el máximo intérprete de la Constitución, y que los jueces de la Corte Suprema se encuentran en la cúspide de la estructura del Poder Judicial; esa sola consideración de intérprete supremo, o tribunal jerárquicamente supremo, *per se* no hace superior la interpretación que brindan. Dicha superioridad debe provenir del hecho que sus decisiones vayan en línea de respeto a los derechos fundamentales, a los

principios de igualdad y justicia; no pudiendo perderse de vista tampoco que estos tribunales supremos no son los únicos órganos o entes que interpretan la Constitución, o que resuelven los conflictos que requieren tutela jurisdiccional.

En efecto son los jueces y tribunales inferiores (entendido en relación funcional a los tribunales supremos) quienes en primer orden conocen y resuelven los conflictos, para lo que deben interpretar y aplicar la Constitución y las normas que correspondan. Incluso son estos jueces quienes tienen el mayor contacto con los hechos que deban resolver¹³, por lo que pueden analizar la corrección de los criterios que se han fijados para resolverlos.

Ahora, en el caso del Tribunal Constitucional, por más que el Poder Constituyente le haya otorgado esa primacía interpretativa; en un ejercicio teórico, puede decirse que el Poder Constituyente no podría avalar una rigidez absoluta, que impida que los jueces puedan realizar un control y/o revisión, si se ven en peligro los fines del constitucionalismo y de los referidos principios.

En relación a los precedentes vinculantes del Poder Judicial Castillo Alva (2008) haciendo referencia que Calamandrei consideraba que no existe en el juez inferior una obligación previa de uniformar su criterio con las instrucciones del superior , señala que “el juez puede apartarse de la jurisprudencia y del precedente

¹³ Recuérdese que los tribunales supremos generalmente aprecian la correcta aplicación del Derecho, sin que se pronuncien en específico por la resolución del caso en concreto, que implica análisis de hechos

supremo, sin que quepa esperar consecuencias personales nocivas en el orden disciplinario, en su posición en la judicatura o en los posibles ascensos y promociones, debido a que la revocación de su fallo y es solo una posibilidad y no una necesidad". Agrega que " el juez no tiene ninguna obligación jurídica de respetar a toda costa la jurisprudencia suprema y de seguirla inexorablemente, no solo porque dichas resoluciones no están investidas de un aura de infalibilidad, sino por la misma dinámica del ordenamiento jurídico, la posibilidad de polisemia interpretativa y la particular valoración de los hechos y las pruebas". Concluye diciendo que "el precedente judicial no es el inicio ni el grado máximo de la dictadura de la Corte Suprema sobre los demás órganos de justicia" (pp. 79-80).

No puede existir pues, ni infalibilidad, ni criterios absolutos en las decisiones supremas, que cierren la posibilidad de inaplicar los precedentes, cuando el criterio judicial así lo aconseja. Recordamos al respecto que la búsqueda de respuestas correctas en el Derecho es una necesidad; sin embargo, la respuesta correcta no significa que sea definitiva, ya que si bien tiene fines importantes, no puede cerrar la discusión jurídica que los hechos siempre presentan.

Conforme a lo señalado, estamos de acuerdo en que un sistema jurídico que adopte precedentes vinculantes no significa que contenga una técnica perniciosa en sí misma. A fin de cuentas, la

integridad del derecho también se construye desde el respeto a las decisiones judiciales. De hecho, la integridad está claramente vinculada a la democracia, exigiendo que los jueces construyan sus argumentos de forma integrada al conjunto del derecho. Lo importante es que se trate de consistencia “articulada” (Belloso Martín, 2018, p. 291).

Ahora para que esa necesaria consistencia sea articulada, no puede considerarse que la decisión emitida en el precedente sea la única que tiene validez, o mejor dicho, como un concepto absoluto o irrevisable. Debiendo entonces encontrarse abierta la posibilidad a que los jueces coadyuven en esa integración o armonización del Derecho.

Cabe precisar en respaldo de nuestra postura que el Tribunal Constitucional en algún momento, ha reconocido la posibilidad que sus criterios puedan ser mejorados por la labor de los jueces ordinarios. Así, había señalado que:

...no se puede obviar también que es competencia del Poder Judicial "(...) participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección de los derechos fundamentales. [De esta manera] (...), las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan un máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal pueda ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que

objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado" (STC 4853-2004-AA/TC, FJ 16).

Pese a lo dicho, esa línea interpretativa parece no haberse consolidado, sin embargo tampoco ha sido dejada sin efecto; sirviéndonos como referencia para establecer que en efecto no pueden sostenerse criterios absolutos o infalibles, y que son los jueces quienes pueden optimizar tales criterios.

Con esto, y todo lo que venimos señalando queda demostrando otro de los fundamentos que permiten a los jueces apartarse de los precedentes vinculantes. Para ello debe reconocerse, en lugar de la existencia de criterios absolutos, más bien una flexibilidad racional, lo que como hemos visto en el desarrollo de este trabajo también tiene el suficiente respaldo.

Podemos decir en esa línea que una rigidez absoluta de la jurisprudencia impediría al Tribunal Constitucional superar aquellas decisiones anteriores que puedan ser erradas, situación que nunca puede excluirse. Dicha rigidez también equivaldría a admitir que una decisión equivocada del Tribunal Constitucional sustituiría de hecho una o más normas constitucionales. Por ello se impone la flexibilidad ya que el sistema constitucional debe construir un adecuado equilibrio que garantice la fijación y vinculatoriedad de la sentencia constitucional y la capacidad de apertura al cambio, siempre que no afecte ni ponga en peligro la función pacificadora

del Tribunal Constitucional y su carácter de intérprete supremo de la Constitución (Nogueira Alcalá, 2006, p. 110).

En esa misma línea Landa (2010), señala que es posible afirmar que la figura del precedente se flexibiliza en algunas ocasiones; pero para ello se deberá tener en consideración aquellos elementos que rodean el caso concreto y la relevancia del mismo, pues si se entiende que el ordenamiento jurídico no es estático sino dinámico y vital, será más fácil aceptar que lo decidido en un caso no siempre será de aplicación a otro caso concreto, pero a condición que se motive razonablemente el cambio de precedente (p. 210).

Lo que hemos señalado, demuestra la inexistencia de criterios absolutos e infalibles, por lo que se justifica la posibilidad de corrección o mejoría de los mismos a través de la labor de los jueces y tribunales inferiores.

C. La independencia judicial

Como ha quedado establecido, por el principio de independencia judicial se garantiza que el juez en su accionar y cumplimiento de sus funciones no puede ser objeto de presión o influencia alguna, ni se encuentre subordinado a situaciones externas o ajenas a su criterio para resolver los casos sometidos a su conocimiento. Por disposición constitucional deben resolver con sujeción a la Constitución y la ley, no pueden estar sometidos a ente alguno, que les imponga la forma en que deban resolver. Así, los jueces

cuentan con un amplio margen para decidir autónomamente aquellas controversias que se someten a su conocimiento, margen que siempre debe ir en respeto del Estado Constitucional de Derecho, dentro del cual, si corresponde a su criterio seguir algún precedente deben seguirlo, pero siempre con la posibilidad de apartarse del mismo, cuando no lo consideren aplicable.

Se tiene dicho sobre ello que esencial a la independencia e imparcialidad será contar con jueces que no reciban instrucciones de otros poderes del Estado, o entes paraestatales; y fallen siempre según lo que el Derecho prescribe. En el juicio del juez no debe concurrir ningún otro interés que no sea la búsqueda desinteresada de rectitud legal. Sólo así tenemos un juez imparcial (Bordalí Salamanca, 2008, p. 208).

Ahora, los precedentes vinculantes pueden verse como instrucciones indebidas para la actuación judicial, ello en cuanto no se los conciba dentro de un ámbito de armonización jurisprudencial y ejercicio de la independencia de los jueces. Sobre ello, ya hemos demostrado que si bien los precedentes vinculantes constituyen reglas impuestas por los altos tribunales que deben ser seguidas por los jueces para resolver casos análogos y que existe obligación de tal seguimiento, en estricto no constituye vulneración a la independencia judicial. Sin embargo, una absoluta rigidez del precedente, y la condición de inflexibilidad que se ha establecido en nuestro país, si afecta la independencia judicial. Ello por cuanto

impone de manera absoluta aplicar criterios que van incluso contra sus propias razones para resolver. Allí se evidencia una intromisión inaceptable, que obviamente no puede ser permitida; ya que si validaríamos ello estaríamos aceptando instrucciones indebidas en la función judicial.

Ante ello, la independencia judicial se erige como un argumento válido para que los jueces se puedan apartar de los precedentes. Dicho apartamiento se debe dar sin embargo, de manera excepcional y con la carga argumentativa suficiente que implique una mayor protección a los derechos de los justiciables y no afecte o genere mayor daño social en su conjunto.

En relación al seguimiento del precedente, Alexy (2010) pone en evidencia que, no se puede excluir la posibilidad que seguir un precedente puede implicar adoptar una máxima de decisión que incluso sea equivocada. En ese contexto formula como reglas más generales del uso del precedentes las siguientes: “a) Cuando pueda citarse un precedente, en favor o en contra de una decisión, debe hacerse; b) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación” (p. 381).

Lo dicho por Alexy, recalca – como también ya hemos advertido – que es factible que los precedentes contengan criterios equivocados, sin embargo reconoce la capacidad autodeterminativa de los jueces, precisando que si bien puede el juez apartarse de un precedente, lo debe hacer con la debida

argumentación. Ello es una muestra de la independencia judicial ya que por más vinculación que en principio implique la existencia de precedente, el juez no pierde su capacidad de análisis y reflexión para determinar si el precedente es aplicable o no al caso que tiene que resolver; sin embargo como complemento existe la obligación en los jueces de fundamentar debidamente su decisión de apartamiento.

Cabe una vez más precisar al respecto, que el juez en el cumplimiento de sus funciones debe ser un juez racional. Esto para el caso de los precedentes implica analizarlos debidamente para determinar si corresponde aplicarse o no. Así, si el juez está convencido que no debe seguirlo, en base a su independencia no solamente está facultado, sino obligado a apartarse del mismo. En esa misma línea contamos con el respaldo doctrinario suficiente, que tiene precisado que:

...Esa racionalidad supone que todo juez llamado a decidir un caso cuya materia ha sido resuelta en fallos anteriores puede y debe someter los precedentes a un "test de fundamentación racional", y decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente (Soderó, 2004, pág. 227).

Además de lo dicho por Soderó, y como se ha señalado en el marco teórico que nos respalda, la doctrina es uniforme al considerar que en base a la independencia judicial los jueces pueden y deben apartarse de los precedentes, cuando ello resulte justificado y necesario.

Así, resaltando la importancia de la independencia judicial tenemos que ésta se ve materializada y se cumple con la misma “cuando se rechaza con firmeza, coherencia y principismo republicano toda intromisión en la voluntad deliberativa del magistrado, sean ellas originadas en particulares, otros jueces con jerarquía superior, el Estado, o aquellos que ejercen roles meta o para-estatales” (Andruet, p. 3). Así pues, por más que los precedentes tengan una justificación racional, si los jueces consideran que no resultan adecuados, no pueden de modo alguno renunciar o verse limitados en su independencia, y están facultados a apartarse, siempre con la motivación y argumentación suficiente.

De manera similar, y reconociendo la posibilidad de cambio en los precedentes, siempre se la condiciona a la argumentación suficiente por parte de los jueces; lo que obviamente es correcto y necesario para revertir la presunción de constitucionalidad de dicha doctrina jurisprudencial que asegura el principio de unidad y coordinación jurisprudencial en materia constitucional, del cual el supremo intérprete es el Tribunal Constitucional (Landa, 2010, p. 228). Concordamos en que resulta necesario e indispensable la especial argumentación, ya que por más que los jueces estén respaldados por la independencia judicial, su ejercicio tampoco puede ser arbitrario, debiendo buscar siempre la armonía en la aplicación del Derecho y contribuir al respeto de los principios que guían un Estado Constitucional de Derecho.

Es así que si bien el seguimiento de los precedentes es obligatorio, corresponde introducir un matiz a tal obligatoriedad, y en virtud del principio de independencia judicial – que tiene reconocimiento constitucional - establecer excepcionalmente, que los jueces en el ejercicio de su autonomía judicial pueden apartarse del precedente, motivando suficiente y adecuadamente las razones de la separación. Recuérdese que en materia jurisdiccional, la independencia judicial implica que a la decisión de los jueces no puedan influirla desde otros poderes, que no los atemoricen, ni pretendan congraciarse con ellos, ni permitan que se le impartan instrucciones. (Arrubla Paucar, 2007, p. 309).

Abona por otro lado el hecho que reconocida la adhesión al precedente, Cardozo (1955) también considera que en uso de la independencia judicial es factible el apartamiento. Así:

...Cuando una regla, luego de haber sido debidamente puesta a prueba por la experiencia, es encontrada inconsistente con el sentimiento de justicia o el bienestar social, tendría que haber menos titubeo y habría que proclamarla abiertamente o abandonarla por completo. Nosotros hemos tenido que hacer esto algunas veces en el campo del Derecho constitucional. Quizá debiéramos hacer lo mismo más a menudo en aquellos campos del Derecho Privado donde las consideraciones de utilidad social no son tan agresivas e insistentes. Se debería estar más pronto a abandonar una posición insostenible cuando no se pueda razonablemente suponer que la regla que se va a descartar haya determinado la conducta de los litigantes y particularmente cuando en sus orígenes haya sido el producto de instituciones o condiciones que han adquirido un nuevo sentido o desenvolvimiento con el correr de los años (Citado en Iturralde Sesma, 1995, p. 168).

Ese añejo criterio proveniente del sistema del *common law*, sirve para poner en evidencia que por más obligatorio que sea el

fundamento del precedente, la independencia judicial no tiene por qué ser eliminada, y en base a ella el juez se debe pronunciar conforme a racionales criterios que considere adecuados. Nos sirve también esto para demostrar que el apartamiento está justificado tanto para los precedentes constitucionales, como respecto de los precedentes judiciales, notándose al respecto que como lo recomienda Cardozo ello además de los casos constitucionales, se debe hacer en los casos que directamente conoce el Poder Judicial, y que puedan dar origen a los precedentes judiciales.

Pero no solo la doctrina extranjera respalda nuestros fundamentos, ya que la doctrina nacional también así lo exige. En efecto, se tiene establecido que la vinculación al precedente es absoluta, pero siempre que el criterio sea aplicable al caso concreto, en tales circunstancias el juez no podrá inaplicarlo, ni resolver el caso al margen del mismo. Ahora, y obviamente, si el juez considera que la *ratio decidendi* no es aplicable, entonces tendrá que argumentarlo y además de modo suficiente y con argumentos fuertes (Castillo Córdova, 2008, p. 5). Allí pues se evidencia la posibilidad de apartamiento en base a la independencia, ya que por vinculación que exista, ella no elimina la capacidad autodeterminativa de los jueces.

Además se tiene señalado que los jueces deben decidir los casos que conocen conforme a la interpretación más adecuada a la Constitución y de acuerdo a una idónea protección de los derechos

fundamentales en juego, resolviendo de manera independiente según los métodos de interpretación reconocidos determinando el sentido de la ley y la solución más justa y equitativa que el caso requiere. Bajo esa lógica y en relación con el precedente, éste deberá tomarse en cuenta en la medida que respete los principios constitucionales, la adecuada protección de los derechos fundamentales y el sentido y finalidad de la ley en su ámbito de regulación; sin embargo el juez no puede ni debe aceptar acríticamente el precedente. Así lo impone la independencia judicial, la exclusiva obligación de vincularse a la Constitución y a la ley y la necesaria separación de poderes en la función de creación y aplicación de las normas; de tal manera que si luego del empleo de los métodos de interpretación llega a la conclusión que el precedente tiene una interpretación incorrecta de la ley o un desarrollo del derecho insuficientemente fundamentado no solo está facultado para apartarse del precedente, sino que incluso está obligado a ello. De ceñirse obligatoriamente al precedente no solo estaría subvirtiendo y alterando el orden de prelación y la jerarquía de fuentes fijados en la Constitución y la propia estructura de un Estado de Derecho, sino que estaría desdeñando la ley y su función como garante de la igualdad y la seguridad jurídica. Se agrega que si bien la decisión de un caso debe comenzar con la revisión de la jurisprudencia o de un precedente determinado el juez no debe limitarse a éste en la aplicación del derecho. El precedente actúa como una pista o test para encontrar la solución satisfactoria al

caso concreto. El juez debe formarse un juicio propio de acuerdo a una interpretación cuidadosa de la ley, sobre todo cuando tiene dudas sobre la legitimidad del precedente es advertido de la insuficiencia del mismo (Castillo Alva, p. 39-40).

Conforme a lo dicho, ante el precedente lo que se impone en los jueces es un análisis racional del mismo; la vinculación que se le reconoce no implica de modo alguno que los jueces pierden su independencia, todo lo contrario, deben actuar valiente y prudentemente en base a ella, con la finalidad de cumplir fines de mayor trascendencia constitucional. Queda claro que los jueces pueden desvincularse de toda decisión considerada como vinculante, con la exigencia de que se motive adecuadamente tal apartamiento. Y es saludable que así sea no solamente por exigencias de la justicia del caso concreto, sino porque así lo demanda el principio de independencia jurisdiccional (Valenzuela Ylizarbe, 2017).

Existe pues el suficiente respaldo que avala nuestra postura, no existiendo ninguna incongruencia en que si bien se acepta la validez al seguimiento de los precedentes, también debe reconocerse a los jueces la facultad para poder apartarse de los mismos en base a la independencia judicial. Abundando al respecto, consideramos correcta la afirmación que precisa que es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la

seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas” (Rodríguez Alzate, 2010, p. 91). Allí se conjuga pues el recíproco respeto entre el seguimiento al precedente y la independencia judicial.

Para concluir en este extremo, se tiene que al igual que en nuestro caso, la Constitución española no reconoce el precedente y sí la sumisión del juez a la ley y a la Constitución, además del principio constitucional de la independencia de los órganos del Poder Judicial. Analizando ello se ha dicho que esto significa que el precedente es una encrucijada de múltiples principios: la igualdad en la aplicación de la ley, la interdicción de la arbitrariedad, la independencia del Poder Judicial y, en definitiva, la sumisión del juez al Derecho. Bajo tales circunstancias se precisa que en armonización de esos principios, ha acabado primando el respeto a la libertad de interpretación del juez, quien puede cambiar de criterio siempre que tal cambio no sea arbitrario, porque, de lo contrario, estaría vulnerando el principio de igualdad. Así, se requiere para evitar la arbitrariedad, de una justificación del cambio de criterio, pues el abandono del precedente conlleva una carga de argumentación que no sólo comprende la explicación ordinaria de las razones (de hecho y de Derecho) que fundamentan la decisión, sino que incluye una carga argumentativa suplementaria de

justificación del apartamiento del criterio anterior (Beloso Martín, 2018, p. 286).

Tenemos demostrado entonces que los precedentes vinculantes son factibles de desvinculación, por lo que no existiendo regulación legal que así lo permita; la independencia judicial constituye un fundamento preponderante para tal apartamiento. Recordemos sin embargo que esa posibilidad debe ser excepcional y debe cumplirse con una motivación adecuada.

D. La facultad de ejercer control difuso por parte de los jueces, que debe extenderse hacia los precedentes vinculantes.

Dentro de las facultades o poderes que se reconocen a los jueces en un Estado Constitucional de Derecho encontramos aquella que les permite realizar un control de constitucionalidad de las leyes, que se hace efectivo a través del denominado control difuso. Por el mismo, los jueces tienen la posibilidad de inaplicar las leyes a los casos concretos que resuelvan, cuando consideren que resultan contrarias a la Constitución.

Ello es una evidencia del amplio poder discrecional de los jueces, estando facultados a dejar de aplicar incluso la propia ley, que constituye la principal fuente del Derecho en los sistemas del *civil law*. Ese poder puede perfectamente, utilizando un criterio analógico, servir de sustento para que los jueces inapliquen los

precedentes, toda vez que éstos tiene reconocida una fuerza y efectos similares a los de una ley.

En efecto, se ha afirmado que todas las razones suficientes o *ratio decidendi* en una sentencia constitucional, en particular las que en ella son formuladas como precedentes vinculantes, son normas constitucionales implícitas o adscritas a la norma constitucional directamente estatuida, objeto de interpretación y en relación a la cual se ha formulado el precedente vinculante (Castillo Córdova, 2008, p. 16).

Por otro lado, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha reconocido a los precedentes vinculantes, fuerza similar a una ley (STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC). Ese efecto y fuerza normativa equivalente a la ley explica la obligatoriedad de su aplicación por parte de los jueces. Ahora, tal similitud también debe tenerse en cuenta para el control respectivo, ya que si la ley puede ser controlada por los jueces, no existe razón para que los precedentes no lo sean.

En ese contexto, y como también lo refiere Aguila Grados, es que afirmamos, que no se puede negar un control a los precedentes (constitucionales y judiciales), ya que si fuese así se llegaría a concluir que ha surgido una norma excepcional, contra-constitucional que crea la posibilidad de la formulación de normas, sin control alguno. O incluso normas de carácter jerárquicamente superior dentro de la normativa constitucional. Ahora, si bien los

altos tribunales pueden crear derecho, dicha labor encuentra sentido solo si esto es efectuado dentro de los límites de la actividad jurisdiccional común, es decir, en tanto aquella creación se produzca dentro de la actividad interpretativa de las normas constitucionales existentes (Aguila Grados, 2017, p. 187).

Creemos también de nuestra parte que no pueden existir normas o decisiones-regla, equivalentes a leyes (los precedentes) que puedan estar exentas de control. En ese sentido establecemos por analogía que si los jueces pueden ejercer control difuso sobre las leyes, por extensión y con las particularidades respectivas, también pueden controlar los precedentes. Ese control se debe realizar bajo la figura de apartamiento o desvinculación, pero con la justificación y argumentación debidas.

Ahora, hemos dejado zanjado en el marco teórico que nos respalda una serie de argumentos que justifican la inaplicación de la ley por parte del juez. Así, por ejemplo:

...Si los jueces no pueden disponer de una ley, por considerarla inconstitucional; no estarán obligados a aplicarla, en estos casos no podría considerarse que incurre en prevaricato, pues está obligado a la carga argumentativa del porqué no debe aplicar la norma (Aguirre Román et al., 2009, p. 19).

En efecto, si un juez se encuentra con una ley que no le resulta constitucional, porque no cabe hacer de ella una interpretación constitucionalmente adecuada, entonces no está vinculado a ella:

...En este caso los jueces “desplazan” la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución. Acá se verifica el valor del papel del juez en relación con la ley, y en la

perspectiva garantista el juez actúa con espíritu crítico sobre la validez de las leyes. Así, cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe en los jueces obligación jurídica de aplicarlas; ni siquiera es relevante que no se haya sospechado antes de su validez, ya que la invalidez no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento (Gascón Abellán, 2003, págs. 23, 35).

También se tiene referido que el poder que tiene el juez de ir contra la ley se “activa” cuando se encuentra ante situaciones en las que debe dilucidar si debe aplicar a “ciegas”, una ley, que es injusta, que es desfasada, que va contra principios de orden constitucional o convencional por ejemplo. Allí el juez no puede aplicar cual automática tales leyes, allí usa su poder de garante del Estado Constitucional de Derecho y protector de los derechos. Por eso se dice que:

...Tanto los jueces constitucionales, como los jueces ordinarios, son hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley, y así se convierten en guardianes del contenido de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador. “En pocas palabras, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional; de ni ser así puede “sortearla””(Gascón Abellán, 2003, p. 40).

De manera similar, si las aludidas situaciones se presentasen en relación a los precedentes vinculantes, esto es, si los criterios en ellos establecidos no resultan conformes con una interpretación constitucional, o afectan derechos, o impiden la protección progresiva de los mismos; los jueces no pueden estar vinculados a tales criterios. En estos casos, al igual que respecto de la ley, los jueces deben “desplazar” a los precedentes y resolver conforme a

sus criterios, que deben siempre implicar una mejor protección de derechos.

Complementando lo anterior, también de manera análoga a la ley, los jueces tampoco deberán “ciegamente” o cual autómatas aplicar precedentes que consideren injustos, desfasados, o que vayan contra principios de orden constitucional o convencional. Ante estas posibilidades el juez puede usar su poder de garante del Estado Constitucional de Derecho y protector de los derechos, desvinculándose del precedente ya que también en este caso, sólo estará vinculado al precedente si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional y de protección de derechos.

Todo lo señalado nos permite concluir entonces que dada la similitud entre la ley y los precedentes vinculantes; en base a esa similitud resulta factible el uso del poder o facultad de control difuso respecto de los precedentes, y proceder a su inaplicación para los casos concretos que resuelvan. Con esa posibilidad se permitirá que los jueces ejerzan esa función de garante, pero ya no solo respecto de los demás poderes del Estado, sino también de otros entes como el Tribunal Constitucional y/o la Corte Suprema. Un impedimento rígido y absoluto para realizar ese control resulta atentatorio a la función judicial y a los principios que inspiran el Estado Constitucional de Derecho. Siendo así, demostramos también este fundamento que respalda nuestra hipótesis.

Debemos ser conscientes sin embargo que en aras de garantizar la seguridad jurídica y evitar un descontrol o anarquía en la facultad de inaplicación que se otorgue a los jueces, las decisiones que así se emitan deben estar sujetas al control respectivo. Dicho control deberá quedar a cargo de los entes supremos que emitieron el precedente (Tribunal Constitucional y Corte Suprema, en el caso peruano) a través de los recursos impugnatorios que la ley consagra, de modo que - respectivamente - será a través del Recurso de Agravio Constitucional o la Casación que dichos entes revisen la validez de los nuevos argumentos, y de convalidarlos podrán extenderlos con efectos generales imponiendo una nueva línea jurisprudencial vinculante. Allí el dinamismo que debe guiar también al precedente.

E. La creación judicial del Derecho

Nuestro sistema jurídico no reconoce expresamente a la jurisprudencia como de fuente de Derecho, sin embargo ello no es obstáculo para considerar que las decisiones judiciales son la que en realidad establecen lo que es el Derecho. Esta afirmación no es más que la síntesis de lo que señala el realismo jurídico norteamericano, que en pocas palabras, señala que el derecho se identifica con lo que las decisiones judiciales establecen. Si ello es así, no puede haber duda en que la jurisprudencia constituye creación de Derecho. Esto se respalda debidamente con lo que se ha anotado en el marco teórico del presente trabajo.

En efecto, en el caso peruano la creación de Derecho a través de la jurisprudencia se la ha reconocido al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial. Sobre ello se ha precisado que:

...Para la Constitución, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia...En nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente (EXP. N° 047-2004-AI/TC F.J. 33,34).

El Tribunal Constitucional también señala que la facultad creadora de Derecho de los jueces deriva de su función interpretativa, la misma que no puede ser limitada por ningún otro poder u órgano constitucional. En efecto:

...Todo acto de los poderes públicos u órganos constitucionales que pretenda restringir dicha función interpretativa no sólo es uno que priva a los órganos jurisdiccionales de su función, sino que es inconstitucional...No puede existir un órgano jurisdiccional limitado en la función interpretativa inherente a todo órgano jurisdiccional, a menos que esa restricción derive directamente de la Constitución. Hacerlo es vulnerar el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático. Pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber (EXP. N° 047-2004-AI/TC F.J. 39).

El argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para proteger la libertad interpretativa jurisdiccional se refiere al propio Tribunal Constitucional, pero obviamente resulta aplicable a la libertad interpretativa de los jueces en general. En ese sentido, tampoco respecto de los jueces puede existir alguna limitación a la función interpretativa que le es inherente como órgano jurisdiccional. La

existencia de alguna limitación vulnerará entonces el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático, además de condenar a los jueces a la inacción por cumplir su deber.

Pese a que tales argumentos provienen del Tribunal Constitucional, lo cierto es - como hemos visto a lo largo de este trabajo – que el propio Tribunal Constitucional ha impuesto un límite inflexible a la libertad interpretativa de los jueces, esto, cuando niega la posibilidad de poder apartarse de sus precedentes, peor aún si considera que con ello incurren en responsabilidad desde funcional hasta penal inclusive.

Esa limitación entonces - en términos del propio Tribunal Constitucional – deviene en inconstitucional, vulnera el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales; y, condena a los jueces a la inacción por cumplir su deber. Una limitación que tenga las aludidas características no puede tener validez, y hasta debe considerársela inexistente, por lo que teóricamente se la debe obviar, o en todo caso superarla. Tal superación se hará latente manteniendo la vigencia de la libertad interpretativa de los jueces, incluso ante los precedentes vinculantes, ya que como hemos dicho no existe, o no es válida una vinculación absoluta.

Contando entonces los jueces con la libertad interpretativa inherente a su función jurisdiccional, pueden utilizarla respecto de

los precedentes vinculantes, y dado que quedan posibilitados para apartarse de los mismos, se encuentran también en capacidad de establecer una distinta línea jurisprudencial que al final implica creación judicial de Derecho. En esa línea, la facultad creadora de Derecho que poseen los jueces y que no puede eliminarse incluso bajo el respeto a los precedentes vinculantes, es otro fundamento con que se cuenta para el apartamiento de los precedentes.

En contrario a lo señalado, podemos afirmar que la rigidez y obligatoriedad absoluta incide de manera negativa en la facultad creadora de Derecho por parte de los jueces. Se ha dicho al respecto que la aplicación del precedente parece llevar consigo un estancamiento del Derecho y una correlativa inadecuación del mismo a la evolución de la sociedad. Stone (1959), señalaba que el *stare decisis* sugiere una condición de quietud, un sistema de derecho cuyo contenido está más o menos establecido. Implica la estabilidad del sistema jurídico a lo largo del tiempo, que a pesar de los grandes cambios sociales, tecnológicos y económicos, sin embargo la sociedad se queda, en algún sentido, bajo el gobierno del mismo sistema de Derecho (Citado en Iturralde Sesma, 1995, pp. 67- 68).

Ahora bien, entendido el sistema del precedente en esos términos en efecto generará un estancamiento del Derecho, y, afectará la posibilidad de creación judicial del Derecho. Lo mismo se presentaría si se valida la vinculación absoluta de los jueces al

precedente, si no se permite el apartamiento justificado. En ese contexto es que se afecta la creación judicial del Derecho, por lo que para evitar tal vulneración, se debe propiciar la posibilidad de desvinculación judicial ya que los nuevos criterios que se establezcan implicarán una evolución del Derecho.

Ahora lo que va a permitir la evolución del Derecho en el contexto que venimos hablando, será fijar un grado de flexibilidad en el precedente. Esa flexibilidad es reconocida incluso desde el sistema inglés, donde la vinculación dista mucho de ser rigurosa.

En efecto:

...la flexibilidad del sistema del precedente es preservada por la relativa libertad con que los tribunales pueden y a menudo determinan el fin y los límites de los precedentes pasados y si los aplican a las nuevas circunstancias o las distinguen de los casos y circunstancias que se consideraron esenciales en casos anteriores. Podemos decir que, tanto la posibilidad reconocida “de derecho” de que determinados tribunales pueden apartarse de sus precedentes, como el apartamiento (por medio de diferentes técnicas y argumentaciones) “de hecho” de los precedentes, hace posible que el Derecho inglés evolucione con el paso del tiempo. De esta manera dentro de ciertos límites, queda un cierto espacio para la maniobra, sin la cual ningún sistema jurídico podría ser viable (Iturralde Sesma, 1995, p. 68).

Queda claro entonces que es la capacidad creadora de Derecho por parte de los jueces la que permite la evolución del Derecho mismo, por lo que no existe razón justificada para cerrar de manera absoluta tal posibilidad. Otra evidencia que justifica tal posibilidad, la encontramos cuando los jueces inferiores establecen una nueva línea jurisprudencial, que se puede convertir en norma interpretativa general, si es que los altos tribunales la convalidan y

extiendan como precedente vinculante. Con razón se ha dicho, que la existencia del poder derogatorio (de desvinculación, complementamos nosotros) del precedente, tiene un factor adicional en el nivel intermedio de tribunales (jueces en general, agregamos), porque estos tribunales conocen muchos más casos que los tribunales de última instancia; con el añadido que son quienes tienen mejor y mayor contacto directo con los hechos y supuestos bajo los cuales se debe resolver (Iturralde Sesma, 1995, p. 167).

Precisamente son los jueces quienes tienen mayor posibilidad de generar la evolución del Derecho, ya que tienen el contacto inicial con el caso y están facultados al análisis de los hechos y el Derecho aplicable. Cerrarles esa posibilidad además de afectar la independencia judicial, trae como correlato inercia en la actividad creadora de Derecho por parte de los Jueces, desconociéndose que ellos pueden y deben crear Derecho en virtud además del dinamismo judicial.

Nuestra postura se respalda también en lo que la jurisprudencia comparada señala, muestra de ello es que la posibilidad creadora del Derecho por parte de los jueces, incluso en relación a los precedentes vinculantes, la establece la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-836 de 2001), sentencia que otorga una fuerza vinculante relativa del precedente, donde el juez finalmente tendría la posibilidad de apartarse del precedente esgrimiendo una

amplia argumentación. Se precisa además, que tratar la jurisprudencia como criterio auxiliar dependerá en gran medida de qué tanto esté dispuesto el juez a ceder en independencia y poder, pues en la facultad creadora del derecho es donde se puede medir la capacidad política y la relevancia jurídica del operador judicial (Sarmiento E., 2012, p. 81). El juez pues se encuentra facultado a crear Derecho, y una forma para hacerlo es apartándose motivadamente de los precedentes vinculantes.

Concluyendo podemos afirmar que con una rigidez absoluta del precedente se vulnera esa posibilidad de desarrollo y creación judicial de Derecho, por lo que para corregir o superar tal vulneración se debe establecer la posibilidad de apartamiento o desvinculación, ya que además de generar un mayor desarrollo del Derecho, con la función judicial de creación del Derecho se puede llegar a concretizar de mejor manera el Estado Constitucional de Derecho; y, a ello debemos tender en nuestro país.

Demostramos con todo lo dicho, también este fundamento de nuestra hipótesis.

F. Los jueces de un Estado Constitucional de Derecho, no pueden ser considerados como “la boca del precedente”

Fue en base al pensamiento de Montesquieu que se consideró que los jueces tenían una labor de mera subsunción de la ley, sin capacidad alguna en la creación del Derecho. Según el referido

autor, el juez debía limitarse a pronunciar las palabras de la ley. Tanta fue la influencia de ese pensamiento, que se llegó a acuñar el término o aforismo que el juez solo era la “boca de la ley”.

La señalada concepción sin embargo, ha sido superada, siendo que el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, significó – entre otros aspectos – la reivindicación o reconocimiento de la importancia de la labor judicial, tanto es así que incluso algunos consideran al Estado Constitucional como Estado de la jurisdicción. Esto debido a las funciones de protección a los derechos fundamentales y a la concepción que se tiene sobre el Derecho. En este contexto el juez ya no puede ser concebido como la “boca de la ley”, toda vez que tiene discrecionalidad y capacidad suficientes para interpretar la ley y resolver conforme a su criterio racional. Más incluso, el juez puede inaplicar la ley si la considera contraria a la Constitución.

Es así que el juez de un Estado Constitucional de Derecho no es más un juez automático, o que aplica mecánicamente la norma. Una concepción de esa naturaleza resultará perniciosa bajo cualquier sentido, ya que significaría que el juez no cuente con capacidad reflexiva alguna.

Si bien respecto de la ley tal concepción ya se ha superado; en relación a los precedentes, una vinculación absoluta sin capacidad de reflexión o análisis de su aplicación por parte de los jueces, significará que éstos solamente podrán aplicar los precedentes de

manera mecánica o autómeta. Tal situación equivaldría a decir que hoy los jueces son “la boca del precedente”. Una concepción de los jueces en ese sentido, la rechazamos tajantemente tal como lo hace la doctrina en que nos sostenemos.

En efecto se tiene anotado que es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobretudo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerza con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones (Gascón Abellán, 2003, pp. 41-42).

Conforme a lo señalado por Gascón Abellán se ha superado la concepción que consideraba al juez como la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. Si tal concepción ha sido superada, no puede tener ningún asidero hoy, considerar al juez como la “boca del precedente”. Aceptar la imposición de tal concepción, no significará sino aceptar que los jueces ante el precedente deben renunciar a sus poderes, e incumplir su deber de acreditar la racionalidad de sus decisiones.

Monroy Gálvez en el mismo sentido que venimos planteando precisa que puede reconocerse al precedente como una especie de fuente de derecho para un caso concreto, sin embargo, en ningún supuesto la vinculación surgida del precedente convierte al juez en un aplicador mecánico del precedente (Monroy Gálvez, 2008, p. 175).

Ahora, el aplicar mecánicamente el precedente va contra el modelo del juez en el Estado Constitucional de Derecho, lo que además provocaría acrecentar las críticas en la función judicial. Así, por más beneficioso que pueda resultar el establecimiento de los precedentes, se debe advertir la existencia de un peligro cuando se pretende la universalidad a toda costa; esto puede convertirse incluso en una tiranía de los precedentes. Apréciase sobre ello que el problema de los precedentes judiciales debe entenderse no como un “mal en sí mismo”, el problema radica en la manera arbitraria en que pueden ser utilizados estos por los tribunales (Belloso Martín, 2018, p. 287). Así, no permitir a los jueces un control de los precedentes y la posibilidad de apartarse de los mismos, llegaría a contribuir en esa tiranía de los precedentes, y por concepto mismo, ninguna tiranía puede ser de recepción si de respeto a los derechos y a la Constitución se habla.

En ese sentido, al juez no se le debe imponer actuar ciegamente en el seguimiento del precedente, ya que el juez no es “ni órgano ciego, ni señor del Derecho”, por ello no podrán actuar de manera

autómata, pero tampoco arbitraria. Ahora, existe incorrección, cuando a los tribunales inferiores, se constriñe de manera absoluta a resolver conforme a la jurisprudencia vinculante, allí los jueces se han visto limitados en su independencia y autonomía, porque se ven impedidos para realizar la interpretación de la norma, pasando a ser meros aplicadores del precedente judicial (Belloso Martín, 2018, p. 288).

La postura que nos brinda Belloso Martín, resulta correcta ya que si se considera a los jueces como meros aplicadores del precedente, equivaldría a decir que en el efecto resultan ser “la boca del precedente”, lo que es inconcebible dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Desde la doctrina nacional, Castillo Córdova nos manifiesta que pese a la vinculación al precedente, el juez no puede seguirlo mecánicamente. Refiere que “la vinculatoriedad del precedente no significa considerar al juez como mero autómata que actúa como boca muerta que repite el contenido del precedente vinculante” (Castillo Córdova, 2008, p. 15).

La posición de Soderó (2004) también nos sirve para demostrar este fundamento, ya que precisamente nos recuerda que el juez no puede actuar de manera mecánica ante el precedente. Sobre ello, pone énfasis en que el juez no debe aceptar, en cierto modo “ciegamente”, el precedente. Resalta que no sólo está facultado,

sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico” (p. 228).

Así, bajo el postulado de la importancia de la labor judicial en el Estado Constitucional de Derecho, éstos se encuentran facultados a resolver los casos sometidos a su conocimiento siempre en protección de los derechos y en respeto a la Constitución por sobre todo; para tal efecto cuentan con amplias facultades y con el poder discrecional suficiente que les permita cumplir tales fines. En ese sentido, una imposición absoluta de criterios que deban seguir los jueces, atentará contra el modelo de juez que propicia el Estado Constitucional de Derecho, ya que eliminaría su capacidad autodeterminativa, y no sería en efecto más que la “boca del precedente”.

Ello no puede ser aceptado, y obviamente requiere del correctivo necesario, lo que constituye un argumento más para que los jueces puedan apartarse o desvincularse de los precedentes, lo que en modo alguno implica afectación al sistema jurídico, sino por el contrario, contribuirá al fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho.

En efecto, bien concebidos los precedentes vinculantes no pueden constituirse en un instrumento de sometimiento de los jueces a la ideología de una mayoría e incluso unanimidad del Tribunal Constitucional. Lo que se debe propugnar es una eficaz colaboración para lograr soluciones justas. Negar que el juez mantiene un espacio para la interpretación y decisión judicial en los casos concretos que tiene que resolver, y obligarlo a que aplique los *obiter dicta*, las *ratio decidendi* no declaradas precedentes vinculantes, y las *ratio decidendi* declarada precedentes vinculantes siempre y en todo caso como mero autómatas, no sólo significará una profunda desconfianza en la capacidad (moral y profesional) de los jueces, sino también una inaceptable contravención de las exigencias de su independencia a la hora de administrar justicia. Una y otra cosa es rechazada desde un Estado democrático y constitucional de derecho como lo es el peruano (Castillo Córdova, 2008, pp. 145-146).

Superada la concepción de juez autómatas como mero aplicador de la ley, o como “la boca de la ley”; no puede admitirse que sea hoy “la boca del precedente”, situación que se efectivizaría si es que no se le reconoce al juez su capacidad discrecional y aplicación de la racionalidad para cuestionar si los precedentes son válidos o no, para solucionar o resolver los casos concretos que tengan a sus cargo. Por eso es que los jueces deben estar en la capacidad de ser jueces críticos y con suficiente grado de discrecionalidad que les permita – cuando su razón y criterio lo aconsejen – modificar

criterios errados y que se hayan impuesto desde cualquier instancia.

Solo así se desterrará la concepción que los jueces son hoy, jueces autómatas, o meros aplicadores, de los criterios vinculantes emitidos por los tribunales constitucionales o supremos; y, para no considerarlos como “la boca del precedente” es que precisamente debe permitirse la desvinculación o apartamiento, ya que sólo así se respetará uno de los cánones del Estado Constitucional de Derecho.

Tenemos demostrada por tanto también este fundamento de nuestra hipótesis.

CAPITULO IV: PROPUESTA NORMATIVA

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 22 DEL TUO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Por iniciativa del Congresista que suscribe, en ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y cumpliendo con lo requerido por el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, se presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

HA DADO LA SIGUIENTE LEY:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 22 DEL TUO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 1. Objeto de la Ley

Modificar el contenido del artículo 22 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la finalidad de reconocer expresamente a los jueces del Poder Judicial, la facultad de apartarse de los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República.

Artículo 2. Modificación del artículo 22 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Modifíquese el artículo 22 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los siguientes términos:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

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

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Los jueces también podrán apartarse o inaplicar los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y los que con ese carácter emita la Corte Suprema de Justicia de la República. Dicha facultad se debe ejercer de manera excepcional, y con la exigencia de establecer una motivación reforzada del porqué de dicho apartamiento y de los argumentos que lo justifiquen.

El control de dicho apartamiento se realizará por los órganos emisores de los precedentes vinculantes a través de los medios impugnatorios que los facultados puedan interponer. En este caso, el apartamiento se constituye en un supuesto que habilita la procedencia para los recursos de agravio constitucional y casación respectivamente.

Artículo 3. Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano

Enero de 2021.

Congresista de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La propuesta de modificación legislativa tiene por finalidad reconocer expresamente a los jueces del Poder Judicial, la facultad de apartarse de los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, sin que ello pueda significar algún tipo de responsabilidad, sea funcional, administrativa o penal, que en la actualidad existe.

Debe precisarse que si bien el segundo párrafo de la norma a modificar, establece que los Magistrados, por excepción, podrían apartarse de los precedentes de obligatorio cumplimiento que fije la Corte Suprema de Justicia de la República, ello está referido a los principios jurisprudenciales que el primer párrafo de la propia norma establece, más no a los precedentes vinculantes que con esa denominación, fijan el Tribunal Constitucional y la propia Corte Suprema de Justicia de la República, ya que según las normas específicas que los regulan, la posibilidad de inaplicar o modificar tales precedentes, solamente les corresponde a sus entes emisores. Además de ello, la realidad nos muestra que en caso de alguna inaplicación a tales precedentes por parte de los jueces del Poder Judicial, se han generado procesos administrativos disciplinarios y hasta procesos penales, llegándose incluso a destituciones de jueces; lo que justifica la modificación normativa que se propone.

Explicada tal situación, lo que el segundo párrafo establece constituye en todo caso un punto de partida para reconocer la posibilidad de los jueces de apartarse de los precedentes obligatorios.

En relación a los precedentes vinculantes, debe recordarse que los mismos no son originarios de nuestro sistema jurídico, sin embargo han sido incorporados por disposiciones normativas, las que instituyen la obligatoriedad al seguimiento de los precedentes.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respecto de los precedentes constitucionales; y, las normas procesales respectivas en relación a los precedentes judiciales, establecen la obligatoriedad del seguimiento y el hecho que solamente sus entes emisores podrán modificarlos o inaplicarlos; no existiendo reconocimiento de tal facultad a los jueces del Poder Judicial.

Debe establecerse que los precedentes vinculantes tienen sustento en los principios de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica que tienen reconocimiento constitucional, por lo que en primer orden la obligatoriedad del seguimiento al precedente, no constituye alguna vulneración al orden legal y constitucional.

Lo que sí constituye una vulneración al principio de independencia judicial y a las facultades de los jueces, es el grado absoluto e inflexible de vinculación a los precedentes, que el Tribunal Constitucional ha impuesto, y, las responsabilidades por el no seguimiento que el órgano de control del Poder Judicial ha señalado.

Al respecto se tiene que apreciar que ha sido el propio Tribunal Constitucional quien se ha encargado de ratificar que sus precedentes son de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces ordinarios; pero ha ido más allá y ha establecido que si se resuelve contrariamente a ellos se incurriría en prevaricato. Apréciase al respecto lo que ha manifestado:

...Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial” (STC 006-2006-CC/TC-Caso Casinos Tragamonedas. FJ 43).

...Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante” (STC 00001-2010-CC/TC. FJ 26).

Por otro lado el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que la obligatoriedad del cumplimiento de los precedentes vinculantes, no afecta la independencia judicial, y, además que los jueces ordinarios no pueden recurrir a ella para desconocer los precedentes. Así, se tiene establecido que:

...El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138º de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado. (STC 006-2006-CC/TC Caso Casinos Tragamonedas. FJ 44-46).

Por otro lado se tiene que la obligatoriedad en el cumplimiento de los precedentes del Tribunal Constitucional por parte de los Jueces del Poder Judicial, bajo responsabilidad, ha sido establecida por el órgano de control de este poder del Estado, esto es la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), quien en la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA, de fecha 13 de marzo de 2006, publicada el 4 de abril del 2006 en el Diario Oficial El Peruano, ha dispuesto:

...que todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes N° 0206-2005-PA/TC y N° 4227-2005-AP/TC, publicadas los días 22 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2006, respectivamente, así como en otras materias que tienen el mismo efecto normativo ya fijados o por fijarse”.

Siguiendo con la alegada responsabilidad, el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante constituye el tipo penal de prevaricato. En efecto así lo ha establecido la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 2010. Al respecto esa supuesta configuración del delito de prevaricato proviene de lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente número 00001-2010-CC/TC-LIMA, y ha sido en base a ello que la Fiscal de la Nación casi de manera automática precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En otro aspecto de las alegadas responsabilidades en los jueces se ha llegado al extremo de destitución de magistrados. Como muestra de ello podemos citar las Resoluciones N° 088-2010-PCNM, y, N° 082-2011-CNM; por intermedio de las cuales el Consejo Nacional de la Magistratura ha destituido al Juez Luis Ezequiel Correa Mantilla, por inaplicar un precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

Lo que hemos anotado son muestras de la forma y grado de responsabilidad que en nuestro país se ha considerado para los jueces que se hayan apartado, o no seguido los lineamientos de los precedentes constitucionales vinculantes.

La situación narrada no puede dejar de ser preocupante para los jueces ordinarios, ya que prácticamente los “ata” a resolver conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, que por más jerarquía y nivel normativo que tenga, no puede ser considerada a ultranza como la única interpretación válida; pero atendiendo al contexto narrado y aun cuando un juez pueda considerar arcaica, injusta o inadecuada una solución al caso concreto ya señalada por el Tribunal Constitucional, no podría resolver de modo distinto, no porque sea lo más correcto, sino por el temor de ser sancionado por responsabilidad funcional, denunciado penalmente y hasta destituido. Ello debe corregirse normativamente.

Por otro lado, se tiene que por el principio de independencia judicial se garantiza que el juez en su accionar y cumplimiento de sus funciones no puede ser objeto de presión o influencia alguna, ni se encuentre subordinado a situaciones externas o ajenas a su criterio para resolver los casos sometidos a su conocimiento. Por disposición constitucional deben resolver con sujeción a la Constitución y la ley, no pueden estar sometidos a ente alguno, que les imponga

la forma en que deban resolver. Así, los jueces cuentan con un amplio margen para decidir autónomamente aquellas controversias que se someten a su conocimiento, margen que siempre debe ir en respeto del Estado Constitucional de Derecho, dentro del cual, si corresponde a su criterio seguir algún precedente deben seguirlo, pero siempre con la posibilidad de apartarse del mismo, cuando no lo consideren aplicable.

Se tiene dicho sobre ello que esencial a la independencia e imparcialidad será contar con jueces que no reciban instrucciones de otros poderes del Estado, o entes paraestatales; y fallen siempre según lo que el Derecho prescribe. En el juicio del juez no debe concurrir ningún otro interés que no sea la búsqueda desinteresada de rectitud legal. Sólo así tenemos un juez imparcial (Bordalí Salamanca, 2008, p. 208).

Ahora, los precedentes vinculantes pueden verse como instrucciones indebidas para la actuación judicial, ello en cuanto no se los conciba dentro de un ámbito de armonización jurisprudencial y ejercicio de la independencia de los jueces. Sobre ello, si bien los precedentes vinculantes constituyen reglas impuestas por los altos tribunales que deben ser seguidas por los jueces para resolver casos análogos y que existe obligación de tal seguimiento, una absoluta rigidez del precedente, y la condición de inflexibilidad que se ha establecido en nuestro país, si afecta la independencia judicial. Ello por cuanto impone de manera absoluta aplicar criterios que van incluso contra sus propias razones para resolver. Allí se evidencia una intromisión inaceptable, que obviamente no puede ser permitida; ya que si validaríamos ello estaríamos aceptando instrucciones indebidas en la función judicial.

La posibilidad de apartamiento que se plantea en el proyecto, puede establecerse desde la naturaleza propia del precedente y las características que posee en el sistema en el cual se originaron, donde un criterio absoluto o totalmente rígido no existe, sino más bien cabe el apartamiento del precedente.

Monroy Gálvez (2008) también tiene precisado al respecto que lo que en realidad existe, por su propia naturaleza, es un precedente relativamente vinculante. En ese contexto el juez puede apartarse de un precedente si lo considera incorrecto para el derecho o para la razón (p. 174).

En el derecho comparado, donde el precedente es fuente primaria, la regla de su seguimiento es relativa; no pudiendo establecerla como un sistema cerrado; esto es, los precedentes por más que provengan de los más altos tribunales no necesariamente cierran el debate jurisdiccional.

Como lo afirma Taruffo (2016) “el precedente no tiene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra y mucho menos en Estados Unidos. Con mayor razón –e independientemente de la eventualidad de que se considere la jurisprudencia como fuente del derecho- debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de civil law” (Citado en Belloso Martín, 2018, p. 272).

En sentido similar Valenzuela Ylizarbe (2017), recalca que en los países en donde se tiene la tradición del precedente: Inglaterra y Estados, principalmente, según la doctrina uniforme, cabe la posibilidad de que los jueces puedan apartarse del precedente. En correlato con ello sostiene que los precedentes en el derecho inglés no son vinculantes en estricto, toda vez que permite que los

jueces, sin importar el grado, puedan desvincularse del mismo, con la exigencia de argumentar razonablemente los motivos que lo llevaron a dicha decisión.

Iturralde Sesma (1995) también nos muestra que la naturaleza del precedente en los lugares donde éste tiene prevalencia, impone la flexibilidad y posibilidad de apartamiento del precedente. Afirma sobre ello que en los Estados Unidos no existe el deber inexorable de seguimiento absoluto, ya que el mismo está matizado por el derecho de derogar anteriores decisiones. Los tribunales inferiores aun cuando están obligados al precedente, se reservan el derecho de apartarse de la regla previamente establecida. (p. 138).

Queda claro que caracteriza al precedente la posibilidad de apartamiento, ello desde los espacios de su origen, por lo que más allá que el precedente se fundamente en un afán de lograr predictibilidad, seguridad jurídica, y respeto al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; debe reconocerse que su obligatoriedad se relativiza ante las facultades de los jueces. Así, éstos de manera justificada y con las razones o argumentos suficientes pueden apartarse de los precedentes.

Es en ese contexto que los jueces ante el precedente no tienen por qué perder su capacidad autodeterminativa, ya que el juez ante el precedente se debe guiar por las reglas de: en primer lugar, aplicarlo; luego seguirlo; y, si no considera adecuado el precedente, apartarse del mismo. Siguiendo tal secuencia no se desnaturalizará al precedente, pero tampoco se limitarán las facultades de los jueces.

Por todo ello consideramos que solamente con la modificación legislativa que se plantea se podrán armonizar los beneficios que implican los precedentes

vinculantes, sin afectar la independencia y capacidad autodeterminativa de los jueces.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Poder Legislativo en lo que respecta al cambio de medida legislativa.

Se tienen como beneficiarios en primer orden a los jueces del Poder Judicial, quienes verán con la norma, restituidas sus facultades y el respeto a la independencia de la que por mandato constitucional gozan.

Por otro lado, resultaría también beneficiada la ciudadanía y los litigantes toda vez que la posibilidad que los jueces puedan inaplicar criterios incorrectos redundaría en la protección de sus derechos subjetivos.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite optimizar en los jueces el derecho a la independencia judicial, y, armonizar una correcta recepción de la figura del precedente vinculante en nuestro sistema jurídico.

CONCLUSIONES

1) El seguimiento a los precedentes vinculantes, que se sustenta en principios de predictibilidad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, no implica *per se* una afectación al principio de independencia judicial, que, como todo derecho, no tiene carácter absoluto y puede ceder ante la optimización de tales principios. Sin embargo, es la característica de obligatoriedad absoluta y el grado de inflexibilidad con que se ha impuesto al precedente en el Perú, el aspecto que vulnera la independencia judicial

2) La naturaleza del precedente nos enseña que un criterio absoluto o totalmente rígido no existe ni siquiera en el sistema del cual deriva. Lo que en realidad existe, es un precedente relativamente vinculante. Así, desde su lugar de origen y por su propia naturaleza, cabe la posibilidad que los jueces se aparten del precedente. Bajo ese contexto y respaldo, los tribunales inferiores aun cuando están obligados al precedente, tienen la facultad de apartarse de la regla previamente establecida.

3) No existen criterios jurisprudenciales infalibles, ni verdades absolutas en la aplicación del Derecho; por ende al ser los precedentes vinculantes resultado de una labor humana proveniente de los integrantes del Tribunal Constitucional y los Jueces de la Corte Suprema, es factible que puedan contener errores susceptibles de corrección. En efecto, el solo hecho de pertenecer a los más altos tribunales de un país no les confiere ningún grado de infalibilidad, existiendo siempre la posibilidad de perfectibilidad o corrección, y, de allí que los jueces se encuentran facultados a apartarse de los precedentes.

4) La independencia judicial constituye el fundamento necesario y suficiente por el cual, si un juez está convencido que no debe seguir un precedente, no solamente está facultado, sino obligado a apartarse del mismo. En efecto, aun cuando los precedentes se guíen por una concepción de obligatoriedad, ello no elimina la capacidad autodeterminativa de los jueces.

5) La facultad de los jueces de inaplicar la ley (principal fuente del Derecho en los sistemas del *civil law*), constituye otro fundamento válido para que, análogamente, los jueces inapliquen los precedentes. Así, por más que los precedentes tengan reconocida fuerza y efectos similares a los de una ley, no puedan estar exentos de control.

6) Entendiendo que el Derecho es, en realidad, lo que las decisiones judiciales establecen; una limitante a la libertad interpretativa jurisdiccional impuesta por la vinculatoriedad absoluta del precedente los condena a los jueces a la inacción y a la imposibilidad de crear Derecho. Así, cuando las circunstancias lo ameriten, esa facultad creadora de Derecho que tienen los jueces, se constituye en fundamento que justifica su apartamiento de los precedentes.

7) En un Estado Constitucional de Derecho, se tiene superada la percepción de jueces autómatas, o aplicadores mecánicos de la norma; por lo que superada tal percepción, no puede concebirse hoy que los jueces sean “la boca del precedente”, y, como tal incapaces de analizar razonadamente si su aplicación es correcta o pertinente al caso que deban resolver. Por ello, están facultados a la desvinculación de los mismos.

RECOMENDACIONES

1. Al Poder Legislativo, la modificación de la normatividad legal correspondiente que permita a los jueces apartarse o desvincularse de los precedentes vinculantes, sin que se les pueda atribuir algún tipo de responsabilidad, para así eliminar los aspectos que vulneran la independencia judicial
2. Al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema de Justicia de la República, reconocer el carácter flexible del precedente, y variar su concepción, que considera que el apartamiento de sus precedentes por parte de los jueces, genera responsabilidades de tipo funcional, administrativo disciplinario y hasta penal.
3. A los jueces del Poder Judicial, en ejercicio de los poderes y facultades que la Constitución y la ley le otorgan, y en respeto de la independencia judicial que debe guiar sus funciones, apartarse de los precedentes cuando su criterio así lo aconseje, facultad que se debe ejercer de manera excepcional y con la motivación y argumentación suficiente.

Lista de referencias

- Adrián Coripuna, J. (2007). "La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial". En: P. Grández Castro. *Estudios al precedente constitucional*. (Págs. 107-134). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Aguila Grados, G. (2017). *El precedente constitucional: hacia una teoría del precedente en el Perú*. Lima: Escuela de Altos Estudios Jurídicos Egacal.
- Aguirre Román Javier Orlando, García Obando Pedro Antonio Y Pabón Mantilla Ana Patricia. (Diciembre de 2009). "¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? Una mirada en el estado constitucional". (U. D. Colombia, ed.). En: *Revista de derecho*(32), 1-29.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Ander-egg, E. (1995). *Técnicas de investigación social*. Buenos aires: lumen.
- Andréu Abela, J. (2018). Obtenido de <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2018/02/andreu.-analisis-de-contenido.-34-pags-pdf.pdf>
- Andruet, A. S. (s.f.). *Un poder judicial independiente*. Artículo, 1-10. Recuperado de <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista1/articulos/un%20poder%20judicial%20independiente%20armando%20andruet%20h.pdf>
- Arrubla Paucar, J. A. (Julio-Diciembre de 2007). "La independencia del juez y democracia". (U. P. Bolivariana-colombia, ed.) *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, 37(107), 307-310.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

- Belloso Martín, N. (Enero-Junio de 2018). "Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿ventaja o amenaza para los tribunales?" (F. D. Valença, ed.) *Revista interdisciplinaria de direito*, 16(1), 267-297.
- Bernal Pulido, C. (2007). "El precedente constitucionalidad en Colombia" . En: P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional* (págs. 176-186). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Bordalí Salamanca, A. (2008). "La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno". (C. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Ed.) *Revista de derecho*. (Valparaíso) (xxx), 185-219.
- Castillo Alva, J. L. (2008). *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Castillo alva, J. L. (s.f.). *El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el derecho*.1-46. Recuperado de, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_46.pdf
- Castillo Córdova, L. (2008). "Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano". En: *Jus constitucional*, 1, 55-74.
- Castillo Córdova, L. (2008). *El tribunal constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

- Chaires Zaragoza, J. (Mayo-Agosto de 2004). "La independencia del Poder Judicial". (U. N. México, Ed.) *Boletín mexicano de derecho comparado*, xxxvii(110), 523-545.
- Constancio González, M. (2004). "La investigación básica. La investigación en ciencias fisiológicas: bioquímica, biología, molecular y fisiología. Cuestiones previas". En: *Educación médica. Volumen 7, suplemento 2*, 41-50.
- Contreras Calderón, J. A. (Julio-Diciembre de 2011). "El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del delito". (U. P. Colombia, Ed.) *Facultad de derecho y ciencias políticas*, 331-361.
- Day O'Connor, S. (2003). *La importancia de la independencia judicial*. Obtenido de www.enj.org
- Díaz Muñoz, O. (Julio de 2010). "Precedentes judiciales, acuerdos, plenos casatorios y precedentes constitucionales vinculantes". En: material autoinstructivo. Lima: Academia de la Magistratura.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2010). "El caso provías nacional (exp. N° 3908-2007-pa/tc): ¿inicio de nuevos derroteros para el tratamiento de los precedentes constitucionales en el Perú?" En: S. Castañeda Otsu, *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (417-442). Lima: Grijley.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2013). *Argumentación e interpretación*. Lima: Grijley.
- Feoli Villalobos, M. (2009). "Estado constitucional de derecho y democracia: ¿conceptos antagónicos?: revisando Centroamérica". (u. N. Facultad de

filosofía y letras, ed.) *Revista latinoamericana de derechos humanos*, 20(1), 39-53.

Gálvez Villegas, T. A. (2012). *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia: penal, constitucionales penal y procesal penal*. Lima: Jurista Editores.

García-Berrio Hernández, T. (2006). "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación". En: *Foro, Nueva Época*(4), 127-152.

Garrido Gómez, M. I. (2009). "La predecibilidad de las decisiones judiciales". (c. Universidad de Talca, ed.) En: *Ius et praxis*, 15(1), 55-72.

Gascón Abellán, Marina y García Figueroa Alfonso J. (2003). *La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Gonzales Mantilla, G. (2009). *Los jueces: carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Gozaini, O. A. (2004). *El debido proceso*. Santa fe: Rubinzal-Colzoni.

Grández Castro, P. (2007). "Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú. En: P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional* (págs. 79-106). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Grández Castro, P. (2009). *El precedente judicial*. Lima: Academia de la Magistratura.

Grández Castro, P. (2010). *Tribunal constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Iturralde Sesma, V. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, S.A.

Lancheros-Gamez, J. C. (Junio de 2012). "El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. (c. Universidad de la sabana, ed.). En: *Díkaion*, 21(1), 159-186.

Landa, C. (2010). "Los precedentes constitucionales: el caso del Perú". En: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*(14), 193-234.

López Flores, I. (2015). "¿Interpretaciones no vinculantes de un "supremo intérprete"? Reflexiones sobre el rol del tribunal constitucional peruano a propósito de una reciente modificación de su reglamento normativo". (u. S. Derecho, ed.). En: *Vox juris*, 31(1), 59-70.

Monroy Gálvez, J. (Setiembre-Diciembre de 2006). "Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law". En: *Hechos de la justicia*(4), 1-34.

Monroy Gálvez, J. (Julio-Diciembre de 2008). "Poder judicial vs. Tribunal constitucional". En: *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional* (10), 157-216.

Nogueira Alcalá, H. (julio de 2006). "La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante". (c. D. Chile, ed.) En: *Estudios constitucionales*, 4(1), 97-124.

Rivera Santibáez, J. A. (Julio de 2006). "El precedente constitucional emanado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su impacto en el

- ordenamiento jurídico y la actividad de los órganos estatales en Bolivia". (c. D. Chile, ed.). En: *Estudios constitucionales*, 4(1), 33-65.
- Rivera Santiváñez, J. A. (2007). "La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante" . En: P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional* (págs. 151-173). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Rodríguez Alzate, S. (Julio-Diciembre de 2010). "Interpretación constitucional y judicial. Como leer sentencias judiciales". (u. M. Granada, ed.) En: *Prolegómenos. Derecho y valores*, xiii(26), 79-98.
- Rodríguez Santander, R. (2007). "El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos". En: Y. Carpio Marcos, En: *Estudios al precedente constitucional* (págs. 15-78). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Sagües, N. P. (Julio de 2006). "La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en EE.UU. y Argentina. (c. D. Constitucionales, ed.). En: *Estudios constitucionales*, 4(1), 17-32.
- Sagüés, N. P. (2007). "El valor del precedente de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en EEUU y Argentina. En: P. Grández Castro, *Estudios al precedente constitucional* (137-150). Lima: Palestra Editores S.A.C.

- Sarmiento E., J. P. (Julio-Diciembre de 2012). "Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho?" (U. D. Medellín, Ed.). En: *Opinión jurídica*, 11(22), 65-82.
- Siles Vallejos, A. (2011). *Manual para el fortalecimiento de la independencia y la transparencia del Poder Judicial en América Latina*. Washington: Fundación para el Debido Proceso.
- Silva Irrázaval, I. A. (2012). "Supremacía constitucional y aplicación judicial de la constitución en Estados Unidos: objeciones a la judicial supremacy" . (C. D. Chile, Ed.) En: *Estudios constitucionales*, 10(1), 117-144.
- Sodero, E. (Octubre de 2004). "Sobre el cambio de los precedentes". En: *Isonomía* (21), 217-251.
- Valenzuela Ylizarbe, F. (2017). *La desvinculación de la doctrina jurisprudencial vinculante, a propósito de la casación 92-2017 y del pleno convocado por la corte suprema*. Perú. Recuperado de <https://lpderecho.pe/desvinculación-doctrina-jurisprudencial-vinculante-casacion-92-2017-pleno-corte-suprema/>
- Zúñiga Urbina, F. (Julio de 2006). "Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente". (C. D. Chile, Ed.). En: *Estudios constitucionales*, 4(1), 151-172.