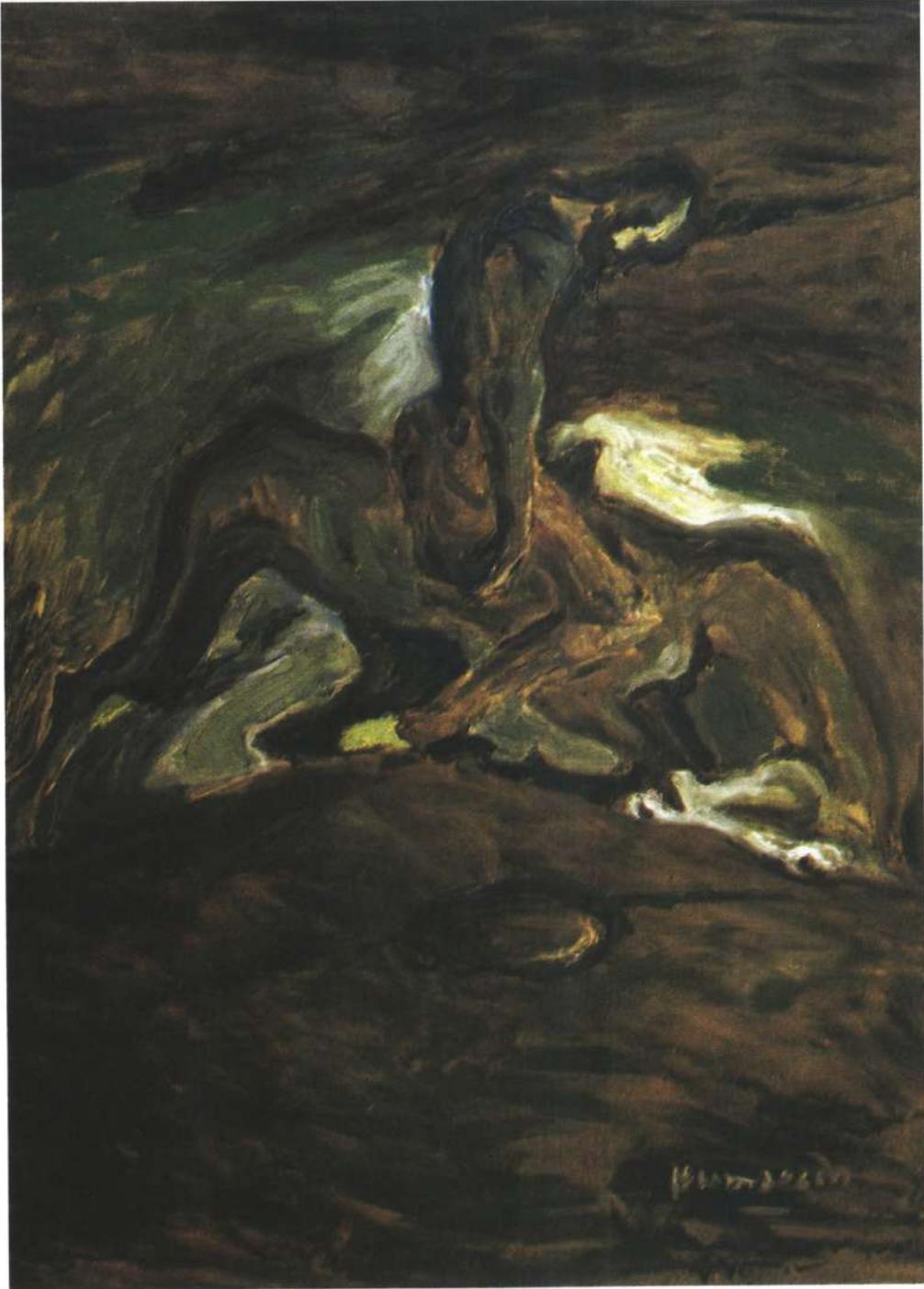


*La Jurisprudencia y el  
Surgimiento de una Tradición  
Jurídica Peruana*

Pascual Asencios Torres

Profesor en la cátedra de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derecho  
Procesal Administrativo. Asesor Legal de la Asamblea Nacional de Rectores.

*Lex*



*Don Quijote*

## LA JURISPRUDENCIA EN LA TRADICIÓN JURÍDICA

La realidad jurídica actual se desenvuelve en un escenario compartido por la concurrencia de dos sistemas jurisprudenciales cuya naturaleza y características se han ido modelando por las particularidades históricas, culturales, políticas y jurídicas en la evolución de los pueblos.

Por esta razón, cuando nos referimos a la jurisprudencia, para algunos autores es más amplio y acertado hablar de *tradición jurídica* antes que de sistema jurídico, y es que una tradición jurídica es un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca del papel del Derecho en la sociedad y el Estado, así como de la organización y funcionamiento adecuado de un sistema jurídico, y acerca de la forma que deberá hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el Derecho.<sup>1</sup>

La jurisprudencia, conceptualizada como el criterio jurisdiccional sistematizado y uniformizado con contenido científico y expresado a través de las sentencias y fallos judiciales, ha tenido un papel importante, variado y singular en la consolidación de las tradiciones jurídicas, dependiendo de las características de su evolución, que no sólo ha obedecido a factores jurídicos sino también históricos y culturales diversos.

Al respecto, contemporáneamente coexisten dos tradiciones jurídicas que han marcado y dividido el desarrollo del Derecho en el mundo, estableciendo dos sistemas jurídicos: *la Romano Germánica* y la del *Common Law*.

En el Perú, desde 1982, con la entrada en vigencia de la Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506, que estableció el carácter vinculante de la jurisprudencia en casos de Amparo, hasta el actual Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley N° 28237, que establece el sur-

<sup>1</sup> Ferryman, John Henry. *La tradición jurídica romano canónica*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

gimiento del «precedente vinculante», hemos sido testigos de un inusitado desarrollo de la jurisprudencia, cuya abundancia de criterios ha tenido una primera etapa de desarrollo abundante pero disperso y a veces contradictorio, para pasar paulatinamente a una segunda etapa de centralización sistemática y armónica, cuya naturaleza, características e importancia se pretenden analizar en este artículo, visualizando su evolución dentro del panorama y la influencia de las dos tradiciones jurídicas que constituyen los dos sistemas jurisprudenciales más importantes en el mundo jurídico contemporáneo.

### LOS ORÍGENES: EL EDICTO DEL PRETOR

En los primeros tiempos de Roma, constituida por patricios y plebeyos, romanos originarios y romanos no originarios, el desarrollo del comercio y la economía obligó a la transformación del antiguo Derecho Romano; la *pax romana*, alcanzada gracias a la ley romana, daba las condiciones de desarrollo que exigió la necesaria flexibilización del Derecho. Ya los romanos plebeyos habían logrado para el 450 antes de Cristo la extensión en su beneficio de la aplicación de la Ley de las XII Tablas, que estaba originariamente sólo preservada para romanos patricios. En el 337 antes de Cristo, la *magistratura del Pretor*, creada en el 387 a. de C., alcanzaba no sólo a los patricios sino además a los plebeyos.

En la Roma Republicana, el Pretor vinculado a las causas civiles y penales no sentenciaba, ya que tenía a su cargo la primera etapa del proceso romano, denominado *in jure*, un proceso introductorio que habilitaba a las partes a presentarse al juez. Finalizada esta etapa, el Pretor dictaba un *Decreto*, nombrando a los jueces e instruyéndoles en sus funciones y habilitando a las partes para acceder a la segunda fase del proceso, a la que se conocía como la etapa de *apud iudicem*, que terminaba con la sentencia.

En el proceso, la función del Pretor en la etapa *in jure* era permitir a las partes el ejercicio de la «acción» o de la «excepción», de absoluta importancia en un proceso como el Romano, ya que estos eran los medios de acceder a tutela jurisdiccional. La parte no satisfecha con la decisión del Pretor podía interponer la *intercessio* como medio impugnatorio; sin embargo, el resultado sólo podía quitar eficacia al *Decreto*, mas no corregirlo. Con el desarrollo del Derecho Romano y la ampliación de Roma a toda Italia, en el 242 a. de C. surgió además el Pretor Urbano, sólo para romanos, y el Pretor Peregrino, para asuntos entre romanos y extranjeros o entre extranjeros, enriqueciéndose el Derecho con la introducción que se hizo de nuevas formas de «acción», flexibilizándose las formas del antiguo Derecho.

El desarrollo del Derecho Romano se favoreció con la función del Pretor, cuyas acciones y excepciones facilitadas a las partes fueron recopiladas en el Edicto del Pretor, primera compila-

ción de jurisprudencia que conoce la historia. Esta función se vio favorecida además por el *ius edicendi*, que facultaba al Pretor, en su condición de *magistrado*, para dirigirse al *populus* en forma verbal o escrita a través del *edictum*, que contenía las formulas de las acciones que concedería a las partes, excepciones, interdictos y decretos, los que inicialmente sólo tuvieron duración mientras duraba la magistratura del Pretor, pero que luego adquirirían perpetuidad al ser renovada su validez por el nuevo Pretor magistrado.<sup>2</sup>

Como el Edicto Pretorio fue una proyección normativa a la que el Juez debía ajustarse, se evidencia el valor reverencial que Roma dio a la jurisprudencia, lo que se consolidó con el surgimiento y la intervención de especialistas que estudiaron sobre todo la «motivación», la justificación razonada del edicto. Estos juristas serían denominados *jurisprudents*.

## LA TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA

Pese al desarrollo original de la jurisprudencia romana, la Edad Media se caracterizó por el monopolio del monarca respecto de las facultades de interpretación de la Ley, lo que no se vio desvirtuado por los esfuerzos de los glosadores, postglosadores y de los comentaristas, quienes se encargaron de divinizar las bondades de la ley, lo que caracterizaría la posición sólo exegética y comentarista de la escolástica medieval.

Luego de la caída del Imperio Romano de Occidente en manos de los bárbaros, la reinsertión del Derecho Romano en Europa se inició a finales del siglo XI al estudiarse el Derecho Romano en todos los países europeos. Entonces se le consideró como *ius comune*, es decir, derecho para todas las personas; pero tras la fragmentación política de Europa, se sustituyó por el *ius proprio*. En este proceso se identifica a la escuela de *los glosadores*, fundada por Irnelio en Bolonia, cuya tarea consistiría en aclarar palabra por palabra, glosar el texto, utilizando un método exegético y formulando sus explicaciones entre líneas y al margen del mismo. Los glosadores serán caracterizados como aquellos especialistas del Derecho que en el siglo XI comienzan a estudiar el Derecho Romano clásico limitándose a glosar y comentar cada una de las palabras que componía la definición. Entre sus expositores tenemos a Martín García, Hugo de Alberico, llegando a su máxima expresión con la reunión y compilación de las glosas o interpretaciones anteriores en la *Glosa Ordinaria*, que se equiparó en autoridad al texto de las *Pandectas*, que consagró el nivel teórico que ha permitido hablar de una ciencia jurídica medieval.

<sup>2</sup> Di Prieto, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1996, p. 21.

Los *postglosadores* constituirán una escuela posterior fundada en el siglo XV, que responde a la nueva orientación política que invade Europa. Intentando adaptar los textos romanos a las necesidades de la época, tratarán de realizar una tarea de orden práctico al abordar los textos romanos. Con mayor libertad, no se orientarán a explicar la letra sino a indagar la razón de ser de la norma. Su desarrollo data desde el siglo XIII al XV, siendo su principal exponente Bartoleo de Saxoferrato (1313 - 1357), y su principal autor, Accusio, con su obra *Magna glosa*.

Los *comentaristas* se dedicaron a comentar los textos tomando en cuenta las glosas de los glosadores y postglosadores, solucionando los problemas de interpretación que surgieron. Sus principales autores fueron Baldo y Bartolo.

### LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

A la labor exegética de los glosadores, postglosadores y comentaristas, se sumó la influencia del jusnaturalismo racionalista de Hugo Grocio, Pufendorf y Wolf, de gran influencia para la expedición del Código Civil Napoleónico de 1804, *Le Code*, que reguló los derechos de la persona y el derecho de la propiedad, lo que permitiría la consagración de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación.

Con la promulgación del Código Civil de 1804 se llegaría a la expresión máxima del Derecho positivo de la época, sublimándose la ley, lo que permitiría el resurgimiento del método de las glosas, llamado, a partir del Código, la *Exégesis*, que involucra el conocimiento del texto del Código Civil y su interpretación semántica y gramatical. Los *exegetas* tendrán en cuenta tres criterios en su actividad interpretadora: 1) el carácter hermético del Código, que involucra la percepción de que todo el Derecho Civil se encuentra inmerso en él mismo; 2) la interpretación textual de la Ley y su enseñanza formal; y, 3) la aplicación literal de la Ley por parte de los jueces en la solución de los litigios. A esto se incorporaría la búsqueda del espíritu y la finalidad de la Ley como consecuencia de la incorporación posterior del método lógico-histórico de Savigny, que pretendería colocar al intérprete en el punto de vista del legislador para reconstruir con criterio lógico sus motivaciones.

La Escuela de la Exégesis atribuirá virtudes dogmáticas casi religiosas al Código Napoleónico. Así, sus más connotados expositores, como *Laurent, Aubry y Rau*, proclamaron la incapacidad de la costumbre para completar o cubrir las lagunas de la ley escrita, argumentando que aquello daría lugar a una inadecuada capacidad hermenéutica. Grafica de cuerpo entero esta posición dogmática la afirmación napoleónica expresada ante el conocimiento de que Maleville, uno de los autores del Código, había remitido a imprenta un libro suyo que comentaría por primera vez el Código Civil. Al respecto, Napoleón afirmó: «Mon Code est perdu». Esta actitud involucraba

sacralizar la labor legislativa en menosprecio de las actitudes «hermenéuticas», inclusive del juzgador, lo que para nada benefició el desarrollo de la «jurisprudencia». Esta posición se vería agudizada con motivo de la consolidación de la *Teoría de División de Poderes* de Montesquieu, en cuya versión clásica el Poder Legislativo da las leyes, el Ejecutivo las administra y hace cumplir, y el Judicial sólo las aplica en los casos de controversia.

Dentro de esta concepción clásica, la autonomía del Poder Judicial determina que el Juez no está obligado sino sólo a la Ley, no existiendo otro «criterio obligatorio» sino el expresado en ella. De esta forma, el juez está sujeto únicamente a la Ley, y por eso sería independiente. De aquí se desprende que el Poder Judicial no puede legislar, sino únicamente aplicar la Ley, debiendo tomarse en cuenta que aplicar la Ley, según la doctrina clásica, no es otra cosa que «subsumir» el caso jurídico concreto al precepto legal y, silogísticamente, aplicarle la solución prevista en la norma. Desde este punto de vista, la sentencia no añadiría nada nuevo al orden jurídico y no podría ser considerada como un «acto de creación».<sup>3</sup>

La tesis del monopolio del Poder Legislativo en la formación de las leyes ha caracterizado la posición clásica y conservadora de la tradición jurídica romano-germánica desarrollada en Europa continental, fundamentalmente en los países de origen o influencia germánica, favorecida por la filosofía de Hegel y Kant, por su concepción del ente y de la ley suprema, que asociada con el Estado y el derecho natural permitieron que se cuestione la condición de la jurisprudencia como fuente del Derecho, reduciendo la función del juez a la de un «aplicador» de la ley, que en todo caso realiza una actividad exegética en el proceso de subsunción al caso *sub litis*, lo que daría vida al Derecho.

Ante ello, la tesis de la jurisprudencia como fuente del Derecho sería defendida y propugnada como una reacción ante los excesos dogmáticos de la escuela de la exégesis. Incluso desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho es asumida esta reacción crítica cuando, revaluando la posición del Derecho Natural, Del Vecchio reconoce la importancia de la jurisprudencia en su relación con la Filosofía del Derecho, y le brinda la posibilidad de la confrontación de sus razones, nociones y valores fundamentales ante la realidad histórica o positiva, calificándola como ciencia del Derecho Positivo.<sup>4</sup>

Legaz y Lacambra reconoce en el pensamiento de Kelsen los progresos decisivos para superar la actitud dogmática de la visión clásica de la División de Poderes, que permiten hablar de la

<sup>3</sup> Al respecto, es necesario revisar «La actividad judicial como fuente del Derecho», en: Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*, Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 5ta. edición, p. 557.

<sup>4</sup> Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, Octava edición, Bosh Casa Editorial, Barcelona p. 283.

actividad jurisdiccional como creadora del Derecho, ya que se aparta de esa perspectiva dogmática para abordar la actividad del Estado en cuanto al ejercicio del poder desde una perspectiva funcional, que libera al juez de la clásica función de operador de la ley, incorporándole una actividad creadora, superior. Para Kelsen, aplicar una norma era individualizarla, es decir, crear una norma individual.<sup>5</sup> Desde este punto de vista, el Juez no puede dejar de crear Derecho al juzgar, ya que toda aplicación normativa es una creación. Ante la antigua posición exegética de colocar al juez en la función automática de simple realizador de subsunciones, la posición kelseniana pretende reclamar una función creadora para el juez, la que permite incorporar criterios normativos al espectro jurídico de la norma. Según Legaz y Lacambra, «la sentencia judicial como norma individual no es sólo una operación lógica de individualización sino un acto de creación que implica un punto de vista (...) sobre la justicia». De este modo se convierte el juez en un colaborador, junto con el legislador, en el proceso dinámico de la creación del orden jurídico.<sup>6</sup>

La influencia de Kelsen en el Derecho contemporáneo, con su Pirámide Jerárquica de Normas que consagra el Principio de Supremacía Constitucional, junto con el Control de Constitucionalidad de las Leyes, ha permitido también revalorar el rol de la jurisprudencia en el panorama de la tradición jurídica romano-germánica, el mismo que ha obtenido su mayor preponderancia en el sistema hispanoamericano denominado también de «jurisprudencia consiguiente», como el nuestro. Es esta una función trascendente que se visualiza aún más cuando observamos la importancia de la jurisprudencia en procesos constitucionales.

## EL COMMON LAW

En el siglo XI, Guillermo El Conquistador, duque de Normandía, invadió Inglaterra y derrotó en Hastings, el 14 de octubre de 1066, al rey Harold, impuesto por los nobles sajones. Entonces Inglaterra estaba dividida en principados dispersos, así como dispersos eran sus sistemas procesales, existiendo Cortes de Condados y Distritos, así como las Cortes de los Lores (nobleza) y del Rey.

Esto llevó a la necesidad política del nuevo régimen de buscar la unificación, creándose los Tribunales Reales (*Curia Regis*), encargados de unificar el Derecho a partir de las costumbres locales, surgiendo así el *Common Law* o Derecho Común.

En este nuevo sistema, el proceso se iniciaba por una orden del Rey (*writs of actions*), lo que permitió una mayor eficacia en la deteriorada administración de justicia, brindando legitimidad

<sup>5</sup> Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*, Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 5ta. edición, p. 557 y ss.

<sup>6</sup> Kelsen, Hans. *Teoría del Estado*. p. 304.

y prestigio popular a la *Curia Regis*. Durante el reinado de Enrique II, en el siglo XII, el sistema del *Common Law* se vio consolidado por su desarrollo independiente del resto de Europa, redactándose en 1188 el *Tratado sobre las Leyes y Costumbres en el Reino de Inglaterra* (*Treaties on the Laws and Customs of the Real of England*), atribuido a Ranulf de Glanvill. Todo ello elevó a su máxima expresión las potestades de la costumbre en la formación del Derecho.

A su vez, el *Common Law* se caracterizó por dar una gran importancia a la jurisprudencia, tal vez debido a su empirismo práctico, por lo que ante la escasez de leyes, el desarrollo del Derecho se basó fundamentalmente en los criterios jurisdiccionales contenidos en las sentencias de los tribunales.

Sin embargo, no debe olvidarse la relación existente entre el proceso judicial y el proceso político en los orígenes del sistema anglosajón, en el que dentro de la idea de «*rule of law*» se concibe el desarrollo del Derecho a través de un proceso dialéctico en el que los vacíos de la ley se van completando a través de los fallos judiciales. Esta función nace en la jurisprudencia como una consecuencia histórica, si tomamos en cuenta que el Parlamento Inglés nace en la *Curia Regis*, órgano que originariamente tuvo, entre otras, la función jurisdiccional e integradora del Derecho. Así, su función jurisdiccional era concebida a la vez como «legislativa», especialmente desde el siglo XVII, y estaba caracterizada por su labor de integración del Derecho.

De esta forma, es evidente que el *Common Law*, como Derecho jurisprudencial, precedió al Parlamento y a las leyes, originándose el Derecho primero como un derecho judicial integrado por precedentes vinculantes, cuyo método aplicable no será el deductivo (de lo general a lo particular) sino el inductivo (de lo particular a lo general). Su dogmática correspondiente no estaba concebida como *scientia* sino como *prudentia*, y sus conceptos centrales eran «circunstancias, conveniency «*experiency*» y «*probability*», todo ello en el contexto de que el proceso jurídico es un proceso infinito de discusión y decisión<sup>7</sup>.

De esta forma, el Derecho es concebido como un proceso inacabado que perdura en la historia, que se nutre en la experiencia de un pueblo que pretende alejarse de la injusticia a través de la reflexión judicial sobre sus experiencias.

En este sistema jurídico concebido como un pozo de tradiciones, se requiere de un operador que las ordene y las aclare precisando su vigencia. Esto explica la relevancia del criterio del juez contenido en las sentencias, que constituyen por tradición precedentes vinculantes.

<sup>7</sup> Kriele, Martín. *Introducción a la teoría del Estado*, traducción de la edición alemana (1975), Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1980, pp.143 y 55.

Además, debe tenerse en cuenta que en el *Common Law*, el Derecho constituye una «razón práctica», lo que no permite dictar resoluciones opuestas o contrarias, ya que se parte de la premisa de que la «razón» no es contradictoria.

Por otro lado, en el *Common Law* norteamericano, la presencia de la Suprema Corte Federal, como supremo intérprete constitucional, le ha dado importancia singular a la jurisprudencia, ya que siguiendo la tradición anglosajona, los criterios jurisprudenciales precedieron a la Constitución de EE.UU. de 1787, la más antigua de América, generándose un sistema en el que los jueces por tradición tienen una gran importancia, cuyo Derecho tiene su principal fortaleza en el mismo sistema constitucional.

El *Common Law* norteamericano también puede considerarse como un Derecho de relativa codificación y más bien de una abundante fuente jurisprudencial, en cuyo universo casuístico el más célebre es el de «*Marbury vs. Madison*», en el que la Suprema Corte estableció por primera vez el Principio de Control de Constitucionalidad judicial, como competencia exclusiva en su favor, respecto de las medidas legislativas y ejecutivas.

Este pronunciamiento se dio en 1803 con motivo de la negativa del Secretario de Estado James Madison, durante el gobierno entrante de Thomas Jefferson, a entregar las credenciales al Juez William Marbury, elegido en las postrimerías del gobierno de John Adams, en 1801, junto con otros 41 jueces de paz para el distrito de Columbia. Esta negativa fue consecuencia de la reacción política del nuevo gobierno ante el copamiento judicial pretendido por el gobierno anterior.

Ante ello, Marbury y tres frustrados jueces recurrieron directamente a la Suprema Corte para que cursara mandamiento contra el Secretario de Estado que ordene otorgarles sus credenciales. Entonces, la Suprema Corte, presidida por el magistrado John Marshall, resolvió declarando el derecho de los reclamantes, pero a la vez la falta de competencia del Tribunal Supremo para librar el mandato al Secretario del Estado, declarando la inconstitucionalidad de la Sección XIII de la Ley Judicial de 1789. Esta ley había ampliado las facultades de la Corte para conocer este tipo demandas, como instancia originaria, rebasando la jurisdicción que la Constitución Federal le había otorgado originariamente en su Art. III, que precisó que la Corte tendría sólo jurisdicción originaria en casos que afecten a embajadores, ministros y cónsules, o cuando sea parte un Estado, siendo instancia de apelación extraordinaria en todos los demás casos.

Así surgía el Control Constitucional Judicial sobre la legislación, que en los ochenta años comprendidos entre la Guerra de Secesión y la Segunda Guerra Mundial permitió que la Supre-

ma Corte, ejerciendo el *Judicial review*, declarara inconstitucionales setenta y siete leyes dadas por el Congreso norteamericano.

Las nuevas facultades de la Suprema Corte fueron absolutamente inesperadas e innovadoras en los inicios de los Estados Unidos de Norteamérica. Al respecto, Karl Lewenstein recuerda que Hamilton, en *El Federalista*, afirmaría, sin sospechar el surgimiento de estas potestades superiores, que «la Judicatura por la naturaleza de su función es la que menos pondría en peligro los derechos políticos de la Constitución(...) los jueces no tienen fuerza ni voluntad sino simplemente juicio(...) lo que prueba que es sin comparación el más débil de los tres departamentos del poder»<sup>8</sup>. A esto debe añadirse el grado de sorpresa que causaron en la política norteamericana las novísimas facultades del *Judicial Review*, que se evidencian cuando el mismo Hamilton expresa su discurso sobre la «Perplexity respecting the rights of the court to pronounce legislative acts void» (La perplejidad respecto a los derechos de los tribunales a declarar nulos actos legislativos).

Por supuesto, dicha nueva atribución tuvo también graves reacciones políticas, como la protesta del Presidente Jefferson contra el *chief justice* John Marshall, quien afirmó que «el Tribunal, como instancia suprema de todas las cuestiones constitucionales, significaría someternos al despotismo de una oligarquía».

Sin embargo, la historia ha demostrado que el Control de Constitucionalidad Judicial es el rasgo más característico de la estructura jurídico-política norteamericana. Y esta es una función que se ejerce tomándose en cuenta tres áreas de aplicación: 1) La relación entre el Estado Federal y los Estados miembros de la Unión. Al respecto, fue trascendental el pronunciamiento de la Suprema Corte en el caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), caso en el que se aplica por segunda vez el *Judicial Review*, vinculado a la estructura federal de la Unión, en el que se declaró nula la Ley de un Estado miembro aplicándose el artículo 6 sobre la supremacía de la Constitución. 2) La protección de derechos civiles y fundamentales, aplicando las normas que consagran estos derechos superiores contra la legislación federal, estadual o de la administración. Sobre esto es importante tomar en cuenta el caso *Brown vs. Board Education* (1954), sobre segregación racial en las escuelas, en el que la Suprema Corte redefinió su anterior criterio dado a través de la sentencia en el caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), armonizándola con el sentido material de la Constitución. 3) Por último, tenemos el área del control judicial interórganos, entre el Gobierno y el Parlamento Federal, en el que la Suprema Corte se ha reservado el derecho de supremo

<sup>8</sup> Lewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1982, p. 309.

intérprete de la Constitución y gendarme de la constitucionalidad norteamericana respecto de los actos de gobierno, tanto del Ejecutivo Federal como del Parlamento Federal, función que se basa en el convencimiento de que un sistema democrático constitucional se funda en el principio de equilibrio de poderes.

En este tercer rango, la Corte ha acreditado una actitud prudente, interviniendo ante asuntos auténticamente jurídicos de relevancia constitucional y no política. Esto ha preservado a la Corte de no constituirse ilegítimamente en un *suprapoder*, como ha ocurrido en el caso de las sentencias de la Suprema Corte que desde 1890 a 1956 beneficiaron la implementación de una «economía de mercado» contra la intervención económica del gobierno en la industria, en base a los derechos vinculados a la libertad individual y económica.

## LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

Los procesos constitucionales se caracterizan por la previsibilidad en los resultados, materializándose la posibilidad siempre anhelada de obtener una justicia previsible, cuyos resultados no sólo sean transparentes, sino que además permitan visualizar anticipadamente una solución previsible.

Para obtener resultados previsibles, razonables y similares ante casos parecidos, es necesario utilizar la jurisprudencia que permite homologar criterios jurisprudenciales, uniformizándolos de tal forma que ante casos similares tengamos sentencias razonablemente parecidas, lo que permite predecir el resultado de los procesos judiciales.

En los procesos constitucionales con el artículo 9º de la derogada Ley N° 23506, vigente desde diciembre de 1982 hasta noviembre del 2004, se estableció el carácter vinculante de las sentencias, orientando un inicial proceso de uniformidad de criterios jurisprudenciales que tenían carácter obligatorio, es decir, vinculante para los demás casos similares.

Posteriormente, el nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 28237 del 31 de mayo del 2004, y que entró en vigencia seis meses después, ha establecido el carácter vinculante de las sentencias dadas por el Tribunal Constitucional, cuando estas adquieran carácter de cosa juzgada y el mismo Tribunal expresamente lo precise, denominándolo Precedente Vinculante.

De esta manera, desde los años 80 se han ido desarrollando criterios jurisprudenciales uniformes en los procesos constitucionales que han permitido el desarrollo de una justicia previsible en este tipo de procesos.

Este carácter vinculante ha trascendido inclusive más allá de los órganos jurisdiccionales, surtiendo sus efectos hasta en las decisiones administrativas del Estado. Actualmente, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece el precedente vinculante como un pronunciamiento jurisdiccional recaído en las sentencias del Tribunal Constitucional que hayan adquirido el carácter de cosa juzgada, en el que se establezca criterios jurisprudenciales comunes aplicables a casos similares. Para estos casos, el mismo Tribunal Constitucional deberá precisar de manera expresa en la sentencia qué criterios jurisprudenciales constituirán Precedente Vinculante.

Por otro lado, el mismo Tribunal Constitucional se ha preocupado por establecer la diferencia entre jurisprudencia y precedente vinculante; esto a raíz de que la derogada Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, estableció que la jurisprudencia dada en los casos de habeas corpus y amparo que contenían criterios reiterados que definían principios de carácter general tenía naturaleza obligatoria, sin importar qué nivel de órgano jurisdiccional era el que los expedía, ya fuera un Juzgado de Primera Instancia o una Sala Superior de segunda instancia o el Tribunal Constitucional. Esto generó criterios jurisprudenciales abundantes, pero algunas veces imprecisos o contradictorios.

Con estas características se desarrolló la jurisprudencia constitucional desde 1984 hasta el año 2004, en el que entró en vigencia el nuevo Código Procesal Constitucional, que ha establecido que constituyen precedente vinculante los criterios jurisdiccionales dados en sentencia del Tribunal Constitucional que haya adquirido el «carácter de cosa juzgada», siempre que el mismo Tribunal Constitucional así lo haya establecido expresamente en la sentencia.

Estos cambios por supuesto han generado impresiones y hasta opiniones contradictorias, ya que se trataría de la existencia en la práctica de por lo menos tres tipos de sentencias que actualmente coexisten y concurren estableciendo criterios jurisprudenciales, si tomamos en cuenta la evolución del Derecho Procesal Constitucional desde la entrada en vigencia de la Ley N° 23506 hasta su derogatoria, cuando entra en vigencia la Ley N° 28237 que promulgó el Código Procesal Constitucional.

Al respecto, tenemos los siguientes tipos de sentencias:

1. Sentencias que contienen criterios jurisprudenciales *con carácter vinculante* (obligatorio) durante la vigencia de la Ley N° 23506.
2. Sentencias que contienen criterios jurisprudenciales *sin carácter vinculante*, dadas por el Tribunal Constitucional con la entrada en vigencia de la Ley N° 28237 del nuevo Código Procesal Constitucional.

3. Sentencias que han adquirido el carácter de cosa juzgada y que contienen criterios jurisprudenciales *con carácter vinculante* porque así expresamente lo ha dicho el Tribunal Constitucional al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Además, vale precisar que desde la entrada en vigencia del Código, en diciembre del 2004, respecto de los criterios jurisdiccionales tenemos el siguiente panorama:

<b>Código Procesal Constitucional</b>	a) Criterios jurisprudenciales pero no vinculantes que orientan la doctrina y al juzgador.
	b) Criterios jurisprudenciales vinculantes que son precedente obligatorio para el juzgador.

Al respecto, al mismo Tribunal Constitucional en su sentencia del 14 de noviembre de 2005, en sesión de pleno jurisdiccional, en el Proceso de Amparo seguido por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque, señala en el fundamento 36º que, a raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, al introducirse en nuestro sistema jurídico el concepto de *precedente constitucional vinculante*, el Tribunal Constitucional habría adquirido dos funciones básicas: 1) por un lado, resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de *casos concretos*; y 2) por otro, es un *Tribunal de precedentes*, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del Derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros.<sup>9</sup>

Con este criterio, y tomando en cuenta la tradición de la Suprema Corte en el *Common Law* norteamericano, el Tribunal Constitucional ha recogido tres presupuestos básicos para dictar un precedente con efectos vinculantes. Estos son:

- a) Cuando se evidencia que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.
- b) Ante la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes, enfrentando el caso y construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.
- c) Ante la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la práctica del *overruling*).

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 03471-2004-AA/TC, caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque con la Municipalidad de Surquillo.

El Tribunal Constitucional ha establecido también que la incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro Derecho, a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituye una herramienta que podría ayudar a suplir deficiencias legales, permitiendo optimizar la defensa de los derechos fundamentales. Para ello ha tomado en cuenta, además, que en los «procesos constitucionales de la libertad» Hábeas Corpus, Hábeas Data y Amparo, con frecuencia se impugnan normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no sólo afectan a quienes plantean la demanda, sino que resultan contrarios a la Constitución, contando con efectos generales. Ante ello, el Tribunal concluye inaplicando dicha norma, pero sólo respecto del recurrente, mientras que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos pese a la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional con motivo del control de constitucionalidad efectuado y haberse comprobado sus efectos violatorios de los derechos constitucionales.

Por ello, el Tribunal Constitucional, tomando como antecedente del Derecho Comparado la llamada «autocuestión de constitucionalidad», que permite «convertir» un amparo en un proceso de inconstitucionalidad, ha llegado a la conclusión de que la emisión de un precedente vinculante de inaplicabilidad podría eventualmente declarar inválida una ley por contravenir la Constitución.

Por tanto, puede considerarse como un supuesto adicional a los antes señalados para el establecimiento de un precedente vinculante, el caso en el que el Tribunal, luego de comprobar la inconstitucionalidad de una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso de amparo, verifique que sus efectos dañosos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o cuando el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución involucre una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general, declare la inaplicabilidad *erga omnes* de la norma, de tal forma que pueda quedar prácticamente derogada.

El precedente es, de esta forma, una herramienta no sólo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia a los procesos de tutela de derechos fundamentales.

En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

Asimismo, ha precisado el Tribunal que conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la «doctrina» que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del Derecho, como consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

Esto significaría que el precedente vinculante emitido con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una Ley. Es decir, la regla que el Tribunal establece como precedente es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos, pudiendo cualquier ciudadano 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. Esto protege a la propia Constitución y al desarrollo de la constitucionalidad en la perspectiva de la consolidación del Estado de Derecho.

## CONCLUSIÓN

Con todo este panorama innovador de la transformación de la función y el rol de la jurisprudencia, la justicia constitucional peruana se acerca cada vez más a las posibilidades de una justicia previsible, cuya transparencia se desarrolla gracias a la sistematización y armonización de los criterios jurisprudenciales que cada vez tienen mayor carácter creador y científico, lo que viene elevando la trascendencia de la misma labor del Tribunal Constitucional, cuyos precedentes vinculantes así como criterios jurisprudenciales beneficiarán el desenlace del resto de la administración de justicia, no sólo la constitucional.

Del análisis de este proceso se advierte que paulatinamente se va consolidando una tradición jurídica que ubica al proceso constitucional peruano en una posición intermedia, que se inserta dentro de un moderno sistema románico-germánico que reconoce la labor creadora del juez, y que incorpora a su vez los beneficios del rol creador del Derecho jurisprudencial, propio del sistema del *Common Law*.